

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL



TESIS DOCTORAL

**El principio de justicia universal y su aplicación al delito de piratería.
Crónica de una derogación anunciada**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTORA

PRESENTADA POR

Concepción Aparicio Torres

DIRECTORA

Carmen Ocaña Díez-Ropero

Madrid, 2017



UNIVERSIDAD
COMPLUTENSE
MADRID

FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL

**EL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL Y
SU APLICACION AL DELITO DE PIRATERIA.
CRONICA DE UNA DEROGACION ANUNCIADA**

Memoria Presentada por
Doña Concepción Aparicio Torres

Directora
Doña Carmen Ocaña Díaz-Ropero

Madrid 2015



**UNIVERSIDAD
COMPLUTENSE
MADRID**

**EL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL Y
SU APLICACION AL DELITO DE PIRATERIA.
CRONICA DE UNA DEROGACION ANUNCIADA**

Doña Concepción Aparicio Torres

Madrid 2015

A Pablo, siempre

«Post fata resurgo»

*Gracias a **Concha, Fernando, Isabel, Miguel y Teresa**, por su cariño, interés y dedicación. Gracias a **Carmen**, que me guió y a **Manuel** que me inspiró. Y a ti **Guillermo**, por confiar*

INDICE

ABREVIATURAS	1
INTRODUCCION	3
ABSTRACT	7
 CAPITULO 1. EL DERECHO HUMANITARIO COMO PRECURSOR DEL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL ...	 11
1.1. Los principios inspiradores del derecho internacional contemporáneo: soberanía y no intervención como limitativo del derecho de guerra. La preservación de la paz como objetivo primordial	11
1.2. El principio de justicia universal inspirador del derecho penal internacional: análisis del contexto histórico político creación de los tribunales internacionales y la corte penal internacional	20
1.2.1. Introducción	20
1.2.2. Análisis del contexto histórico político	22
1.2.3. La creación de los tribunales internacionales y la corte penal internacional	25
A) Los Tribunales Internacionales	25
A.1. El Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia	26
A.2. El Tribunal Penal Internacional para Ruanda	29
A.3. El Tribunal Especial para Sierra Leona	31
A.4. Salas Especiales establecidas en los Tribunales de Camboya	32
A.5. El Tribunal Especial Iraquí	33
A.6. El Tribunal Especial de la República Libanesa	34
A.7. ¿Desintegración del Derecho Internacional?	36

B) La Corte Penal Internacional	38
B.1. Orígenes	38
B.2) Naturaleza jurídica	40
B.3. Estructura y Composición	42
B.4. Jurisdicción	43
1.3. Los derechos humanos como valores supranacionales: la dignidad hu- mana como bien jurídico protegido en los delitos internacionales	47
1.3.1. Introducción	47
1.3.2. La codificación de los derechos humanos. La declaración uni- versal de derechos humanos y los pactos de 1966	51
1.3.3. La dignidad humana como bien jurídico protegido ulterior	54
1.3.4. El delito internacional y el principio de responsabilidad penal individual	58
A) Introducción	58
B) Concepto y clasificación de delito internacional. Principa- les tipos delictivos	60
C) La responsabilidad penal individual	77
1.4. Principales manifestaciones del principio de justicia universal en el derecho comparado	78
1.4.1. Excepciones al principio de territorialidad	78
1.4.2. Principales regulaciones	92
CAPITULO 2. EL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL. ORIGEN Y EVOLUCION NORMATIVA. PRINCIPALES RE- FORMAS	135
2.1. Concepto de justicia universal. El principio de legalidad	135

2.2. La regulación del principio de justicia universal en la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio del poder judicial	144
2.2.1. Delimitación normativa del principio de justicia universal	144
2.2.2. Problemas interpretativos	146
A) Casos Argentina y Chile	146
B) Caso Guatemala	151
C) Las sentencias del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005 y la 227/2007	153
C.1. Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005	153
C.2. La sentencia del Tribunal Constitucional 227/2007. (Caso Tibet)	156
D) Otros sumarios judicializados ante la Audiencia Nacional	159
2.3. La reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985 de 1 de julio por ley 1//2009 de 3 de noviembre complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial	165
2.3.1. Antecedentes de la reforma	165
2.3.2. Análisis de la reforma	168
2.3.3. Consecuencias de la reforma	174
2.4. La Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo de modificación de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio del Poder Judicial relativa a la justicia universal	181
2.4.1. Antecedentes	181
2.4.2. Análisis de la reforma	184
2.4.3. Consecuencias de la reforma	196

2.4.4. Las sentencias del Tribunal Supremo n.º 592 /2014 y 1682/2014	200
A) Recurso casación n.º 592/2014.....	200
B) Recurso de casación 1682/2014	204
CAPITULO 3. EL DELITO DE PIRATERIA EN ALTA MAR	213
3.1. Concepto y delimitación normativa del delito de piratería	213
3.1.1. Referencias históricas y normativa internacional	213
3.1.2. Delimitación del concepto de piratería y actos de piratería	219
3.1.3. Distinción entre actos de piratería marítima y actos de piratería por analogía	223
3.2 Regulación del delito de piratería en el derecho español	232
3.2.1 análisis del tipo penal	243
A) Los sujetos y objeto del delito	243
B) La acción típica.....	244
C) Elemento subjetivo del tipo	245
3.3. Criterios delimitadores de la competencia	247
3.3.1. Caso Alakrana y Nepheli	247
3.3.2. La operación Atalanta	251
3.3.3. La competencia de los tribunales españoles después de las re- formas de la Ley Orgánica del poder judicial de 1 de julio de 1985	256
3.4. Abordaje de embarcaciones en alta mar	258
3.4.1. Concepto de buque como domicilio a efectos de registro en los casos de delito flagrante	258
3.4.2. Marco legal de actuación. Requisitos formales	273

3.4.3. Especial referencia al abordaje de buques en aguas internacionales por el delito de trafico de estupefacientes tras la reforma de la LOPJ de 1 de julio de 1985 por la Ley de 1/ 2009 de 3 de noviembre y 1/2014 de 13 de marzo	288
CONCLUSIONES	293
BIBLIOGRAFIA	303

ABREVIATURAS

/CE/	Comunidad europea.
AG	Asamblea General.
AN	Audiencia Nacional.
AP / AAPP	Audiencia Provincial / Audiencias Provinciales.
art. / arts.	Artículo / artículos.
ATC	Auto del Tribunal Constitucional.
ATS	Auto del Tribunal Supremo.
CE	Constitución Española.
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950.
CGAM	Convención de Ginebra sobre el Alta Mar de 1958.
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos.
CNUDM	Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar se debatió largo y tendido sobre el nuevo régimen jurídico marino, En el año 1982 se redacta la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho Marítimo.
CONTOR	Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes de 1984.
CP	Código Penal.
CPI.	Corte Penal Internacionales.
DUH	Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.
LECR	Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial.
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1960.
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

StPO	Acrónimo de Código Procesal Penal alemán.
STS/SSTS	Sentencia del Tribunal Supremo/ Sentencias del Tribunal Supremo.
SUA	Convención para la Represión de Actos Ilícitos Contra la Seguridad de la Navegación Marítima y el Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de las Plataformas Fijas emplazadas en la Plataforma Continental, firmado en Roma el 10 de marzo de 1988, y que han sido enmendados el 14 de octubre de 2005.
TC	Tribunal Constitucional.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TPIY	Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia.
TPYR	Tribunal Penal internacional para Ruanda.
trad.	Traducción.
TSJ	Tribunal Superior de Justicia.
TS	Tribunal Supremo.
TUE	Tratado de la Unión Europea de 7 de diciembre de 1992.

INTRODUCCION

El Siglo XX ha presentado los más atroces casos de violencia que se registran en la historia de la humanidad. En los últimos cincuenta años han surgido más de 250 conflictos en el mundo; han muerto más de 86 millones de civiles, principalmente mujeres y niños; y a más de 170 millones de personas se les han violado sus derechos, y su dignidad, a pesar de los reglamentos, leyes, tratados y protocolos que prohíben los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad y el genocidio. La Asamblea General de las Naciones Unidas reconoció por primera vez la necesidad de un mecanismo permanente para enjuiciar los asesinos en masa y los criminales de guerra en 1948, después de los juicios de Núrnberg y de Tokio que siguieron a la II Guerra Mundial. El Tratado de Roma aprobado abrumadoramente por 120 países en la Conferencia de Naciones Unidas el 17 de julio de 1998, marca un trascendental hito en cuanto al reconocimiento de una jurisdicción mundial para juzgar crímenes que violan los Derechos Humanos.

Las palabras pronunciadas por FERENCZ en la sala de justicia donde tuvieron lugar los célebres juicios de Núrnberg «Los acusados en el banquillo fueron los verdugos crueles cuyo terror escribió la página más negra de la historia humana. La muerte era su herramienta y la vida su juguete. Si estos hombres quedan impunes, entonces la ley ha perdido su significado y el hombre debe vivir con miedo» constituyen un recordatorio permanente de este principio irrenunciable. Y aunque estamos todavía lejos de poder afirmar que se hayan alcanzado niveles satisfactorios frente a las impunidades cometidas sobre todo en la segunda mitad del siglo pasado, lo cierto es que desde la aparición del llamado Derecho humanitario hasta su consagración en el Siglo XX como principio esencial del Derecho internacional que delimita la competencia de los Estados en el enjuiciamiento de los llamados crímenes internacionales, el principio de justicia universal ha sufrido un notable desarrollo normativo y doctrinal cuyo estudio y comprensión resulta esencial para entender la idiosincrasia de alguno de los procedimientos más relevantes enjuiciados en las últimas décadas y la respuesta jurídico punitiva dada. Los crímenes de Derecho Internacional (agresión, genocidio, crímenes contra la humanidad) responden a tipos que cabe entender ya como consolidados en la actualidad, gracias al esfuerzo hecho para unificar criterios y así para proteger los intereses de la Comunidad Internacional y del individuo, en su papel de inculpaado o víctima frente al ordenamiento jurídico internacional. Esta investigación nace con el propósito de dar una visión general del origen y evolución del principio de justicia universal tanto en el plano internacional como nacional y su aplicación al llamado delito de piratería.

Objeto-Contenido

Persigo a través de este trabajo dos finalidades: primera, acercar al lector de forma sencilla al principio de justicia universal como dogma o principio terrenal de actuación en el Derecho penal internacional y segunda, de una forma objetiva, analizar cuál ha sido su aplicación en nuestro ordenamiento desde su promulgación hasta la última reforma llevada a cabo. En este orden de ideas, el presente trabajo hará particular referencia al ejercicio del citado principio en el ámbito de la práctica judicial española, con el estudio desde su inicial redacción del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el examen de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial y la Ley 1/2014 de 13 de marzo por las que se modifica la LOPJ, haciendo especial hincapié en la redacción del actual artículo 23.4 de la LOPJ. Los pasos del presente trabajo de investigación han ido de la génesis del Derecho Internacional hasta la revisión concienzuda de cada uno de los procesos judiciales ventilados en España en los que se ha invocado al principio de universalidad. El objetivo final del trabajo, es trazar un análisis claro de la situación a la que queda abocada la justicia española en relación con crímenes especialmente graves y en qué situación quedan los procesos abiertos y pendientes de resolución.

Metodología

Abordaré la exposición desde sus anales, analizando no sólo los orígenes y evolución en el Derecho internacional penal sino en el primario Derecho internacional, sin el cual no cabe entender el fundamento y motivación del mismo y el cambio que este principio supuso en la jurisdicción penal internacional consolidando el carácter universal de la jurisdicción penal de los Estados allende sus fronteras con la creación de órganos que ejercitan el llamado *ius puniendi en nombre* de la Comunidad Internacional y los órganos de las jurisdicciones nacionales que actúan en base a este principio. Como se observará, se ha hecho especial referencia al principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional *versus* principio de justicia universal de los Estados y las limitaciones reales jurisdiccionales de la Corte Penal Internacional. La segunda parte de la investigación analiza, sobre la base del principio de tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción, plasmada en el artículo 24.1 de la Constitución Española (CE) que exige un cauce para que el superior interés de la comunidad internacional en su conjunto disponga de una efectiva tutela ante nuestros tribunales, el principio de justicia universal en nuestro ordenamiento jurídico desde su regulación por Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985 de 1 de julio y las modificaciones llevadas a cabo por ley 1/2009 de 3 de noviembre y la más reciente por ley 1/2014 de 13 de marzo.

El análisis crítico sobre el alcance del principio de justicia universal en el ordenamiento jurídico español se ha realizado apoyado en el estudio de las áreas legislativa doctrinal y jurisprudencial, lo que me ha llevado a valorar la interpretación teleológica que del mismo se ha llevado a cabo en una serie de resoluciones judiciales y sus consecuencias jurídicas , sobre todo la sentencia de nuestro Tribunal Constitucional núm. 237/2005, de 26 de septiembre, que implican no sólo un cambio jurisprudencial sobre la doctrina emanada del Tribunal Supremo, sino que supuso un nuevo camino en la interpretación del principio de justicia universal al suprimir el límite de la conexión de los hechos con España y que en la actualidad y tras la última reforma ha sido obviada. Todo ello sin obviar que durante todos estos años se ha podido percibir un profundo malestar de algunos sectores del mundo jurídico y político frente al que consideran un alcance excesivo de la jurisdicción universal en España , lo que ha tenido su reflejo en interpretaciones restrictivas de este principio y sucesivas modificaciones que ha sufrido este principio en los últimos diez años que han supuesto en la práctica un sobreseimiento de plano en los asuntos judicializados ante los Tribunales españoles. Por último y siendo el delito de piratería el primero al que le fue aplicado para su enjuiciamiento el principio de justicia universal, analizaremos el mismo a través de su historia hasta la actualidad y la problemática que la última reforma llevada a cabo por la ley 13/2014 plantea.

Medios

La investigación se ha llevado a cabo utilizando los métodos propios del análisis dogmático y político-criminal. De manera general, la información sustantiva para la misma se ha obtenido: a) del estudio minucioso de la jurisprudencia existente en la materia, b) del análisis de los marcos teóricos, c) del estudio e interpretación de las disposiciones legales, d) a través de la revisión bibliográfica, hemerografía y webgrafía especializada y e) revisión de los medios electrónicos. Las fuentes consultadas y los medios utilizados en el presente estudio han sido los trabajos parlamentarios y los estudios e informes emitidos por los diversos organismos , la jurisprudencia del Tribunal, Supremo, Tribunal Constitucional y la Audiencia Nacional y otros Tribunales Extranjeros ordinarios e Internacionales así como la Corte Penal Internacional , la bibliografía especializada de libros, revistas de consulta existentes tanto en la biblioteca de la Universidad Complutense de Madrid y otras bases de datos como: Dialnet, El derecho, Tirant on line, CENDOJ, La Ley, SEPÍN, Colección Cuadernos de Derecho Judicial, Colección Cuadernos Digitales de Formación, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología...etc.

ABSTRACT

The twentieth century has presented the most egregious cases of violence recorded in the history of mankind. In the last fifty years, more than 250 conflicts in the world have emerged. More than 86 million civilians have been killed, mostly women and children; more than 170 million people have violated their rights, and dignity, despite the regulations, laws, treaties and protocols prohibiting war crimes, crimes against humanity and genocide.

Although we are still far from being able to affirm that have reached satisfactory levels against the impunity committed particularly in the second half of last century, the fact is that since the emergence of so-called humanitarian law until its consecration in the twentieth century as an essential principle ,International law defines the jurisdiction of the States in the prosecution of so-called international crimes. The principle of universal justice policy has undergone a remarkable doctrinal development and the study and understanding it is essential to understand the idiosyncrasies of one of the most important trial procedures in recent decades and punitive legal response given.

However, current events, the threat of international terrorism and other conflicts «veiled» keep reminding the weakness of the international community and the inoperability of the mechanisms of prevention and punishment. From this point of view, the principle of universal jurisdiction is a criteria based solely on the nature of the crime. It means that the effects of acts directed against the interests of the international community are not limited to internal territory of the State in which they are committed.

The issue of territorial expansion and competition personnel permitted or required by international law in the case of national prosecuting international crimes is therefore not definitively settled, any cases in which international law requires States to pursue international crimes.

From a procedural standpoint, the principles of active and passive protection principle, nationality complete the principle of universal jurisdiction. These principles together with the so-called «hotspots» such as shared legal interest, the principle of passive personality and the implementation of rules of jus cogens, remain a non-preferential basis against the competition of the State where it was committed the offense or of nationality author or victim.

In this thesis we will board the evolution and changes that the principle of universal justice has suffered in the international law since the beginning as a principle of intervention on humanitarian until nowadays. The universal jurisdiction is rapidly evolving as a result of recent events of great importance .

Currently the international community is also examining the problem of cybercrime and transnational organized crime and has raised the issue of implementation of civil jurisdiction to acts classified as international crimes in the context of the draft convention of the Conference of the It has on jurisdiction and foreign judgments in civil and commercial matters. These events suggest that they are breaking new ground for the application of the principle of universal jurisdiction, which does not mean that the exercise of universal jurisdiction is easy to solve because as we discussed all along this research, there are significant problems practical and legal related to the application of this principle.

Faced with those who claim the need to impose and maintain the condition of subsidiarity in prosecuting that should be exercised only in cases that affect the international community as a whole to prevent and put an end to the legal loopholes that give rise impunity, another area in which I positioned itself advocates a preferred application of the principle of «pure» universal jurisdiction, strengthening the powers and authorities of the International Criminal Court, providing it with tools for effective prosecution of crimes against humanity.

In Spain, the process of «forced disappearance» has its origins in the early judgments of the Spanish Supreme Court . Far from establishing a single, unequivocal interpretive criteria, as would have been desirable, it received from the criterion of connectedness with a «national interest» the «principle of need for intervention» or the criterion of the rules «ius cogens» when coming from a recognized source of international law. The Constitutional Court aware of the different interpretations of this principle and its limits were being pronounced in the judgment 237/2005 established a principle of absolute.

The Reform by Law 1/2009 of 3 November tried to clarify the precept in accordance with the principle of subsidiarity and the doctrine emanating from the Constitutional Court and the Supreme Court's jurisprudence. However, the truth is that the essence of the reform was the presence of a connection to a national interest as legitimizing element for the Spanish judicial authorities to prosecute serious international crimes committed abroad by non-nationals against non-nationals. The text was a consecration of the principles of horizontal and vertical subsidiarity in the sense that States should give priority to those other States that have a strong connection with the case. In practice, this reform entailed the file number of the complaints filed before the High Court that they were being investigated.

The amendment of the universal jurisdiction principle pursuant to the Organic Law of the Judicial Branch 1/2014, 13 March hinders one of the most powerful instruments to fight against impunity for international crimes. The reform implies the Spanish courts have jurisdiction only when the suspect stays in Spain and extradition is refused. However, in the background of the reform lies a reality marked by a clear withdrawal of the pure forms of universal jurisdiction in the neighboring countries, which had placed the former Spanish model at a difficult crossroads.

On the other hand, maritime piracy is an ancestral international crime and, despite the public opinion, it is still nowadays a common habit, as 250 attacks registered last year may prove. These days this crime is not based on its original practice (*iuris gentium* piracy): illegal and violent acts portrayed in high sea with a financial or personal objective.

On the contrary, piracy is executed as an act of violence, detention, a predatory act in territorial waters and / or under political issues (pseudopiracy and terrorism on the sea), when the *animus ferendi* and the political objective are intertwined, complicating its prevention as well as its resolution. As a consequence, new violent manifestations on the sea, as we will see in this paper, do not fit into any specific category of maritime piracy in International Law.

As a consequence, the International Community have established some mechanism to prevent and reprimand this practice will be expose. We will board the legal status of the ship, the maritime approach, the form of a judicial investigation performed aboard ship with special reference to the so-called pirate ships and others engaged in illegal drug trafficking in international waters, analyzing the various international treaties signed in this field.

In Spain, after several years without specific regulation, and as a need to respond to the problem of possible unlawful acts against the safety of maritime and air transport, it was introduced in our legal system the crime of piracy by Organic Law 5/2010 July 22 by the Organic Law 10/1995 is modified, of November 23 of the Criminal Code. Until then, the doctrine was divided on the matter.

The Law 6/1985 of 1 July by the Law 1/2009 of 3 November reformed the principle of the jurisdiction, so according to this reform the Spanish courts will know the offense of maritime piracy only in the cases that the suspects were in Spain, the victims had Spanish nationality or any relevant connecting link with Spain and in any case that any competent country or international tribunal had not started procedure posed a research and effective prosecution .

Finally after the reform by Law 1/2014, the prosecution of crimes of sea and air piracy required the next conditions: an Spanish author or Spanish victims, or in case of flying the Spanish flag they must be located on the continental shelf of Spain . It disappears the possibility of prosecuting an offense of piracy when the victim is not Spanish, Spanish flag does not fly or not in a facility located in the Spanish continental shelf.

In this thesis I had followed an analytical methodology from the origins and evolution of the primary International law and even International Criminal law. It is important to understand that the principle of universal justice can not be understood without the study of this evolution .

As you can notice the concept of universal jurisdiction is therefore closely linked to the idea that some international norms are *erga omnes*, or owed to the entire world community, as well as the concept of *jus cogens* – that certain international law obligations are binding on all States. Despite several breakthroughs for universal jurisdiction in the past years, some obstacles remain and prevent its full implementation. As of today, several States have not yet introduced into their national legislation the necessary provisions to incriminate and prosecute international crimes. As a consequence, those crimes cannot, in practice, be imprescriptible. The issue of amnesties and of immunities are also obstacles to the implementation of universal jurisdiction, for it is delicate for States to go against an amnesty or immunity granted by another State (even though several Conventions provide that immunity cannot be regarded as an obstacle to the prosecution of authors of international crimes). Likewise, the issue of the presence of the suspect on the territory of the State and the discretionary power of the prosecuting authorities limit the scope of this jurisdiction. Finally, one must not forget that the use of universal jurisdiction implies that another State has also jurisdiction according to the classic criteria of jurisdiction and as such, could have primacy over the case. This is the reason why the practice of universal jurisdiction is often associated to a prerequisite of subsidiarity, argument set forth by some State to explain their reserve with regard to cases in which their diplomatic and economic interests could be affected.

In recent years, however, several State governments have limited the use of universal jurisdiction by their domestic courts, after pressure from countries like the United States, Israel and China. The creation of the International Criminal Court in 2002 has also reduced the need for domestic courts to apply the doctrine.

CAPITULO 1. EL DERECHO HUMANITARIO COMO PRECURSOR DEL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL

1.1. LOS PRINCIPIOS INSPIRADORES DEL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORANEO: SOBERANIA Y NO INTERVENCIÓN COMO LIMITATIVO DEL DERECHO DE GUERRA. LA PRESERVACION DE LA PAZ COMO OBJETIVO PRIMORDIAL

El término «Derecho internacional» fue utilizado por primera vez por Jeremy Bentham en 1780 en su «Introducción a los principios de la moral y la legislación»¹. El autor holandés Hugo Grotius (1583-1645)², que a menudo es considerado como el fundador del derecho internacional moderno³, y otros importantes escritores naturalistas como los españoles Vitoria (1486-1546)⁴ y Suárez (1548-1617), el italiano Gentili (1552-1608), y el inglés Zouche (1590-1661) coincidieron al afirmar que de la ley natural se derivan los principios básicos de toda ley y que de esos principios, el de justicia tenía un valor universal y eterno.

El Derecho internacional fue considerado hasta el período entre las dos guerras mundiales, como la ley que regía las relaciones entre los Estados entre sí⁵, ya que sólo los estados podían ser sujetos de Derecho internacional, en el sentido de disfrutar de derecho jurídico internacional personal y⁶ ser capaz de poseer derechos internacionales, incluido el derecho a presentar reclamaciones internacionales⁷.

Sin embargo, la ampliación del ámbito de aplicación del Derecho internacional a nuevas áreas, fundamentalmente a lo largo de todo el siglo XX, el surgimiento de actores que no eran

¹ BENTHAM, J. «An Introduction to the Principles of Morals and Legislation». Hafner publishing, Connecticut, 1970, pág. 8.

² MALANZUCK, P. «Akehurt's Modern Introduction International Law» Decimoseptima edition 1997, capítulo 6, pág 105 Latorre Latorre, A., «Introducción al Derecho». Editorial Ariel, Barcelona; 2002, pág. 131.

³ ARRIOLA, J. / BONILLA, J. / DEL CAMPO, M., «Hugo Grocio: en los orígenes del pensamiento internacional moderno» documento de Investigación N.º 59 .Facultad de Administración y Ciencias Sociales Universidad ORT Uruguay Octubre de 2010, págs. 30 y ss.

⁴ MORATIEL VILLA, S., «Escuela española del nuevo Derecho de gentes», en RICR, n.º 113, pág. 456.

⁵ A los efectos del privado Derecho internacional ver, MALANZUCK, P. «Akehurt's Modern Introduction International Law, Decimoséptima edición, capítulo 4, págs. 30 y ss.

⁶ MALANZUCK P. «Akehurt's Modern Introduction International Law», decimoséptima edición, capítulo 6, pág. 91 y ss.

⁷ MALANZUCK, P. «Akehurt's Modern Introduction International Law, decimoséptima edición, capítulo 17 pág. 256 y capítulo 18, pág. 262.

los estados en el plano internacional, como los organismos gubernamentales, organizaciones no gubernamentales, organizaciones creadas por particulares, empresas transnacionales e individuos y grupos, incluidas las minorías y los pueblos indígenas, hizo que el concepto de Derecho internacional fuera deviniendo insuficiente para definir las realidades que poco a poco se iban gestando, ya que algunos de estos nuevos actores habían adquirido personalidad jurídica internacional o al menos, ciertos derechos bajo la ley internacional. Con esta nueva realidad, se ponía en tela de juicio el papel del estado en los asuntos internacionales⁸.

El Derecho internacional contemporáneo estuvo dominado fundamentalmente por los principios de soberanía y no intervención. La soberanía entendida en sentido amplio según la definición dada por KELSEN «*ya se trate de un orden, o bien de una comunidad, o bien de un órgano, o bien de un poder, debe ser considerado como lo más alto, como lo supremo, por encima de lo cual no puede haber una autoridad más alta que limite la función de la entidad soberana, que obligue al soberano*». ⁹

Una de las consecuencias inmediatas, y quizá la más importante, del principio de soberanía del estado fue la auto-organización. El estado, como sujeto soberano, tenía el derecho a elegir y vivir libremente un sistema político, económico, social y cultural. Este derecho implicaba, correlativamente, el deber de los demás miembros de la Sociedad Internacional de respetarlo, no inmiscuyéndose en sus asuntos internos.

Se prohibía «toda injerencia o intromisión imperativa de un Estado en los asuntos de otro por medio de la fuerza, normalmente armada, directa o indirecta, para obligarle a que adopte una política que esté en conformidad con los deseos del Estado que interviene». ¹⁰

⁸ KELSEN, H. «Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale» edición a cargo de A. Carrino, Giuffrè, Milan, 1989, pág. 58.

⁹ KELSEN, H. «Derecho y paz en las relaciones internacionales,» editorial Fondo de Cultura Económica, segunda edición, Mexico 1986, pág.103-104. Sobre el concepto de soberanía ver también, CHAUMONT, C., «Cours General de Droit International Public», en RCADI, vol. 129, 1970 (I), pág. 386. KOROWICZ, M. S.: «Some present aspects of sovereignty in International law», pág. 27, PEREIRA MENAUT, A - C : «Después de la soberanía», Nueva Revista. Madrid, n.º 63-junio 1999, pág. 51. CARRE DE MALBERG, R.: Teoría general del estado, cit., pág. 83; quien siguiendo a JELLINEK, el autor afirma que «el concepto de soberanía se ha formado bajo el imperio de las causas históricas y no tiene, al menos como criterio del estado, sino un valor histórico y relativo»; vid. también FERNANDEZ SANCHEZ, P. A.: «Soberanía del estado y Derecho Internacional en situaciones de emergencia humanitaria», pág. 17; JELLINEK, G.: Teoría General del estado, editorial Fondo de Cultura Económica de España, 2012.

¹⁰ Sobre la definición de intervención pueden consultarse BETTATI, M: «Un droit d'ingérence?», págs. 641 y ss.; CONDORELLI, L.: «Intervention Humanitaire et/ou Assistance Humanitaire? Quelques Certitudes et beaucoup d'interrogations» en International Legal Issues arising the United Nations Decade of International Law (AL-NAUMI, N. & MECE, R. ED.), NIJHOFF M «The Hague/Boston/London», 1995, pág. 1001-1002; GARZON CLARIANA, G.: «Los propósitos y los principios de las Naciones Unidas», en Las Organizaciones Internacionales, 12», edición decimosexta, Madrid, 2010 pág. 184.

Algunas excepciones a este principio como los intentos de las monarquías de Austria, Rusia y Prusia después de 1815 para establecer un principio de intervención militar sobre la base de la Santa Alianza,¹¹ o incluso la actuación llevada a cabo por Napoleón III para buscar el reconocimiento de un derecho a favor de la autodeterminación tuvieron lugar en base a los tratados y a los principios de autoayuda y el de auto-preservación.

Hasta entonces, el Derecho internacional había estado formado por dos grandes grupos normativos cuyos ámbitos eran prácticamente de la misma importancia. El primero contenía las normas por las que se regían las relaciones entre Estados en situaciones de paz y el segundo las que regían las relaciones en caso de conflicto armado. Tanto el derecho de la paz como el derecho de la guerra configuraban el conjunto del Derecho internacional público. El Estado soberano tenía derecho a recurrir a la fuerza en sus relaciones con otros Estados como atributo supremo de su soberanía, la expresión más cabal de su calidad de Estado.¹²

Como los conflictos armados entre miembros de la comunidad internacional eran muy frecuentes, el derecho de la guerra y el derecho a la paz abarcaban en su mayoría el total de las reglas del derecho internacional en vigor.¹³ La distinción entre la guerra justa y la que no lo era, fundada sobre todo en consideraciones filosóficas e ideológicas, se interpretaría más tarde, como la elaboración de las reglas de la primera, con el propósito, al menos, de excluir de las relaciones internacionales a la segunda.

¹¹ La Santa Alianza (también llamado Gran Alianza) fue un Alianza militar entre Rusia, Austria y Prusia creada en el Congreso de Viena en el año 1815 después de la derrota de Napoleón. A instancias de zar Alejandro I de Rusia, se firmó un acuerdo entre los tres monarcas europeos el 26 de septiembre de 1815 en París. La Santa Alianza buscaba inculcar y difundir los valores cristianos de caridad y paz en la vida política europea, pero en la práctica el canciller austriaco, Klemens Wenzel von Metternich, la convirtió en baluarte contra las revoluciones liberales. Los monarcas de los tres países involucrados se unieron a fin de evitar la influencia revolucionaria (especialmente desde la Revolución Francesa). La Santa Alianza estuvo en contra de las democracias, revoluciones, y laicismo. Esta alianza sería conocida como Cuádruple y Quintuple Alianza, cuando incluyó a Inglaterra y luego a Francia (en 1818) con el objetivo de defender el acuerdo de paz europeo. Después de largas Guerras Napoleónicas, las monarquías europeas victoriosas aspiraban a tener paz y la estabilidad en sus tronos. El Congreso de Viena de 1814 y 1815 modificó el mapa de Europa y el zar Alejandro I, advertido por la experiencia de Cien Días, propuso la formación de una alianza para mantener la estabilidad europea. La Santa Alianza fue disuelta de facto en el año 1825 tras la muerte del zar Alejandro I, su inspirador, pero quedaría destruida tras las Revoluciones de 1830 y 1840. www.historiacultural.com/2010/07/santa-alianza-congreso-de-viena.html.

¹² BI-SAAB, G. «Wars of national liberation and the laws of war, *Annales d'Etudes Internationales*», Ginebra, vol. 3, 1972, págs. 93-117. MULINEN, F.». El Derecho de la guerra y las fuerzas armadas» *Revista Internacional de la Cruz Roja* « Ginebra, 1978, págs. 20-46.

¹³ SALMON, J.J.A.».Les guerres de libération nationale, en: «The new humanitarian law of armed conflict», editorial A. Cassese, Nápoles, 1979, págs. 55-112. SCHINDLER, Dietrich: The different types of armed conflicts according to the Geneva Conventions and Protocols, RCADI, vol. 163, II, 1979, págs. 117-164. VEUTHEY, Michel: Guerres de libération et droit humanitaire, «*Revue des Droits de l'Homme*» (París), vol. 7, Núm. 1, 1974, págs. 99-109.

En este contexto jurídico- político, sin embargo se abrió paso un nuevo principio, el humanitario, íntimamente relacionado con las ideas de la política del liberalismo y el concepto de los derechos humanos fundamentales.

Este principio tuvo un papel relevante en la intervención de las potencias europeas en 1827 en apoyo de la insurrección griega contra los turcos y en la intervención de Gran Bretaña y Francia en 1856 en Sicilia, a la vista de las detenciones políticas y el trato cruel de los prisioneros, así como la famosa intervención de Gran Bretaña, Francia, Austria, Prusia y Rusia en Siria en 1860 tras el asesinato de miles de cristianos maronitas por el druso musulmán.¹⁴

La aparición de este principio humanitario y su regulación normativa como derecho humanitario marca un antes y un después en el Derecho internacional. Su inclusión como principio inspirador en la Convención de Viena Congreso de 1815 y en los tratados multilaterales posteriores dio lugar entre otras normas a la Ley general integral de la Conferencia de Bruselas en relación con el Trata de esclavos africanos de 1890.¹⁵ El derecho humanitario, como parte del Derecho internacional de la guerra, adquirió características más específicas cuando comenzó a contener normas que se refieren, más detalladamente, al régimen general de la protección internacional de las víctimas de conflictos armados.¹⁶

La relativa facilidad con que los Estados miembros de la comunidad internacional de aquel entonces procedieron -el año 1864 en Ginebra- a la codificación y a la especificación de las primeras normas que protegerían a los heridos y a los enfermos en el campo de batalla, es una prueba de que, tanto desde el punto de vista de la «opinio juris» y de la «opinio necessitatis» -los dos elementos que constituyen una norma consuetudinaria- como desde el punto de vista de la conveniencia de aprobar tales normas, la comunidad internacional se sentía preparada para establecer, aunque muy embrionario aún, un régimen general de pro-

¹⁴ DUPUY, P. M.: «Droit International Public» tercera edición, París, Dalloz, 1995, pág. 21; STOWELL, E. C «La Théorie et la pratique de Intervención», en RCADI, vol. 40, 1932, pág. 146: «Le droit international est basé sur le principe de la souveraineté territoriale».

¹⁵ MORENO GRACIA, J « España y la Conferencia antiesclavista de 1899-1890» Cuadernos de Historia Moderna y Contemporánea, Madrid, número 3, 1982. Artículos adicionales a la Paz de París Tratado de 30 de mayo de 1814, 63 CTS 193. Esta ley fue ratificada por todos los estados europeos, los, Persia, Turquía, el Congo y Zanzíbar y se adoptaron medidas militares y jurídicos eficaces para poner fin a la trata de esclavos, aunque el estado de la esclavitud doméstica no se vio en si afectado.

¹⁶ Para el desarrollo temprano véase M. KENN «Las leyes de guerra a finales de los Edad Media», 1993; T. MERON, HENRY, S. GUERRAS Y SHAKESPEARE. « Perspectivas sobre el Derecho de la guerra en el Baja Edad Media», 1993 .También MALANCZUK, P.» American Civil Guerra» EPIL I (1992); BOWETT, D, W, «La ley de la Instituciones Internacionales», 1982; MACDONALD // JOHNSTON «El impacto de las organizaciones internacionales en la Desarrollo y Aplicación de Derecho Internacional Público».

tección de las víctimas de la guerra.¹⁷ El Convenio de 1864 es, desde el punto de vista del derecho internacional, el otorgamiento de la protección del derecho internacional a toda una categoría de víctimas como tal. Representa, además, la limitación de la soberanía del Estado en la conducción de las hostilidades con respecto a los individuos que estén implicados en las mismas ya que por un lado establece el deber que tienen los Estados en guerra de tomar disposiciones activas para con las víctimas del conflicto armado, y por otra supone una limitación de derecho internacional público a la soberanía absoluta *ratione personae*, es decir, con respecto al individuo.¹⁸

A partir del Convenio de Ginebra de 1864, de la Declaración de San Petersburgo de 1868 y de los Convenios de La Haya de 1907,¹⁹ el derecho de la guerra se orienta, en el campo del derecho internacional convencional, hacia perspectivas bien articuladas: la protección internacional de las víctimas de conflictos armados, por una parte, y, por otra parte, la limitación de los medios y de los métodos de combate. Estos dos cuerpos de normas son conocidos como Derecho de Ginebra y Derecho de La Haya,²⁰ respectivamente.

¹⁷ PREUX, J. «Etudes sur la troisième Convention de Genève de 1949 (Prisonniers de guerre)», RICR, trigésimosexta edición, 1954, págs. 25-38. COURSIER, H. «Los elementos esenciales del respeto a la persona humana en el Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra», «RICR - Suplemento Español, vol. II, Octubre 1950, págs. 338-354. COURSIER, H: La protección de las poblaciones civiles en tiempo de guerra, «Guerra Moderna», vol. 5, 1958, págs. 431-451.

¹⁸ GUTTERIDGE, J, A.C.: «The rights and obligations of an occupying power,» The Yearbook of World Affairs («Londres), vol. 6, 1952, págs. 149-169. KRUSE-JENSEN, C.» Traits dominants de la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre du 12 août 1949 «Legal essays: a tribute to Frede Castberg», Copenhague, 1963, págs. 262-279. LAZAREFF, S.: «Status of military forces under current international law», Leyden, Sijthoff, 1971, págs 458 y ss .MANZANOS BONIFAZ, A. «Sistemas penitenciarios militares y el régimen disciplinario para los prisioneros de guerra», México, Tesis, 1950, pág. 155.

¹⁹ El denominado «Derecho de La Haya», que está integrado por catorce convenciones, resultantes de las Conferencias de la Paz, celebradas en La Haya en 1899 y 1907, dispuso en su artículo 10 que declaraba ilegal la guerra con la finalidad de cobrar deudas contractuales, salvo cuando el estado deudor no aceptaba o no contestaba el ofrecimiento de arbitraje o, aceptándolo, imposibilitaba el establecimiento de un compromiso o, después del arbitraje, no cumplía la sentencia dictada al respecto. Por otra parte, la Convención III establecía la prohibición de recurrir a la guerra si previamente no concurría una declaración explícita y razonada de guerra o ultimátum, en tanto que forma condicional de declaración de guerra, si el otro estado no aceptaba las condiciones en él dispuestas.

²⁰ En gran medida, los principios que subyacen a las normas del Derecho de Ginebra y a las del Derecho de La Haya son los mismos y fueron determinados en los considerandos de la Declaración de San Petersburgo de 1868 y en el Convenio de La Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1907. Asimismo, las disposiciones sobre la represión de los crímenes de guerra englobaron en una misma definición la violación de las normas del Derecho de Ginebra y la de las normas del Derecho de la conducción de las hostilidades. Así pues, el artículo 6, letra b, del Estatuto del Tribunal Militar Internacional, adjunto al Acuerdo sobre el juicio y el castigo de los principales criminales de guerra del Eje europeo, firmado en Londres, el 8 de agosto de 1945, define los crímenes de guerra del siguiente modo: «Crímenes de guerra : violaciones de las leyes y las costumbres de la guerra. Estas violaciones abarcan, entre otras modalidades, el asesinato, los tratos crueles y las deportaciones de la población civil de los territorios ocupados, cuya

El conjunto de ambos cuerpos de normas forma lo que se ha venido a llamar *jus in bello*, es decir, la parte del derecho de la guerra por la que se rige el comportamiento del Estado en caso de conflicto armado.

Paralelamente a la firma de acuerdos y convenios, en el plano jurisdiccional se crea en 1921 el Foro Permanente del Tribunal de Justicia Internacional (CPJI) en La Haya, el precursor de la actual Corte Internacional de Justicia, que más tarde se estableció bajo el Consejo de Naciones Unidas²¹ La Corte emitió treinta y dos sentencias en casos contenciosos, en su mayoría entre los Estados europeos, y veintisiete opiniones consultivas, que ayudaron en las normas aclaratorias y principios del derecho internacional.²²

Sin embargo, a finales del siglo XIX, y en contrapunto con lo anterior, en Alemania vuelve a tomar mayor fuerza la doctrina de la soberanía, hasta el punto que dicha doctrina amenazaban con destruir los avances logrados en el derecho internacional en conjunto. Tal fuerza adquirió esta nueva doctrina soberanistas que en 1923, en el caso de Wimbledon, la Corte Permanente de Justicia Internacional, dijo: «El Tribunal se niega a ver, en la conclusión de un tratado por el cual un Estado se compromete a realizar o abstenerse de realizar un determinado acto, un abandono de su soberanía... [El derecho de entrar en compromisos internacionales es un atributo de la soberanía estatal]». ²³

finalidad sea el trabajo forzoso o cualquier otra, el asesinato o los malos tratos de los prisioneros de guerra o de los náufragos, le ejecución de los rehenes, el pillaje de bienes públicos o privados, la destrucción sin motivo o la devastación de ciudades o de poblados, no justificadas por las exigencias militares».

PEARCE HIGGINS, A. «The Hague Peace Conferences and Other International Conferences concerning the Laws and Usages of War. Texts of Conventions with Commentaries» Cambridge University Press, 1909. Los puntos principales a los cuales la conferencia se avocó, según la circular del Conde Moouravieff, fueron: 1. Un acuerdo para no incrementar, por un período, los presentes efectivos de las fuerzas armadas y navales, y al mismo tiempo, a no incrementar los gastos militares en adelante; y de manera preliminar, examinar los medios en que esto pueda lograrse. 2. Prohibir el uso en los ejércitos y las flotas navales de nuevos tipos de armas y nuevos explosivos o cualquier otro tipo de detonantes más poderosos de los que son utilizados actualmente, lo mismo en rifles o cañones. 3. Restringir el uso en la guerra terrestre de los explosivos formidables que ya existen, y prohibir el lanzamiento de proyectiles o explosivos de cualquier tipo desde globos o de cualquier tipo de dispositivos similares. 4. Prohibir el uso, en la guerra naval, de buques y submarinos cargados de torpedos, u otros dispositivos similares. Dar garantías de que no se construirán buques con esta tecnología. 5. Aplicar las estipulaciones sobre guerra naval de a Conferencia de Ginebra de 1864, sobre la base de los artículos adicionados en 1868. 6. Neutralizar las embarcaciones utilizadas en el rescate de la toma de buques por escuadras beligerantes. 7. Revisar la Declaración concerniente a las leyes y costumbres de guerra elaboradas en 1874 por la Conferencia de Bruselas, que se ha mantenido sin ratificarse hasta la fecha. 8. Aceptar el principio del uso de los buenos oficios, la mediación y el arbitraje en los casos que así lo requieran, con el objeto de prevenir los conflictos armados entre las naciones; así como llegar a un acuerdo con respecto al modo de emplear los buenos oficios, y establecer una práctica uniforme sobre su uso.

²¹ HAGGENMACHER, P./ /R. PERRUCHOUD / /H. DIPLA «Cour Permanente de Justice Internationale» 1922-1945, vols. 5 - i y ii - 5, 1989.

²² DIEZ DE VELACO. M. «Instituciones de Derecho Internacional Público» Tecnos, 1998, volumen 1, pág. 98.

²³ <http://www.dipublico.org/11864/wimbledon-1923-corte-permanente-de-justicia-internacional-ser-a-no-1/>

El final de la Primera Guerra Mundial anunció una serie de cambios fundamentales en el sistema jurídico internacional, que refleja la experiencia de la guerra. Una serie de normas y principios básicos del Derecho internacional vuelven a surgir en contraposición con el principio de «razones humanitarias» y el derecho humanitario, así: el principio de la soberanía territorial de fijación exclusiva control y jurisdicción de los Estados sobre su territorio, la libertad de alta mar²⁴, la inmunidad del Estado respecto de la jurisdicción de los extranjeros tribunales, la ley sobre las relaciones diplomáticas y consulares, el principio de *pacta sunt servanda* y el derecho de los tratados normas sobre la protección diplomática de los extranjeros y sus bienes, y neutralidad²⁵.

En el plano institucional, la creación de la Sociedad de Naciones fue un paso revolucionario en las relaciones internacionales²⁶. La Carta de las Naciones Unidas, patrocinada por Estados Unidos, Gran Bretaña, la Unión Soviética y China, y originalmente firmada por cincuenta y un Estado, fue diseñada para introducir la ley, el orden y la seguridad colectiva en las relaciones internacionales. Sobre la base de los trabajos preparatorios realizados en el 1944 (Conferencia de Dumbarton Oaks), se aprueba la Carta de Naciones Unidas que entra en vigor el 24 de octubre 1945²⁷.

La principal novedad fue el intento de introducir una prohibición total de la utilización de la fuerza en el artículo 2 de la Carta, con la excepción del derecho a la «autodefensa» contra un ataque armado, en el artículo 51²⁸. La preservación de la paz se hizo el objetivo primordial de las Naciones Unidas. La Carta de las Naciones estableció un sistema de seguridad colectiva en el capítulo VII, dando al Consejo de Seguridad la facultad de determinar si existe una amenaza o violación de la paz y la seguridad internacionales y la adopción de medidas económicas y militares contra un Estado agresor²⁹.

Las excepciones a esta regla fundamental de la prohibición de la guerra son sólo tres:

- En primer lugar, se trata de medidas de seguridad colectiva que la Organización de las Naciones Unidas puede tomar, como órgano de la comunidad internacio-

²⁴ CEPPI, G. «Normas de Derecho marítimo de guerra», Buenos Aires, García Santos, 1932, XXXIII, pág. 420.

²⁵ DAVID, E. «Mercenaires et volontaires internationaux en droit des gens», Bruselas, Centre de droit international de l'Institut de sociologie, 1978, pág. 48.

²⁶ PARRY, C. «La Liga de las Naciones» 1983, págs. 192-201; La Liga de Naciones en Retrospect: Procedimientos de el Simposio. Organizado por la Biblioteca de las Naciones Unidas y la Graduate Instituto de Estudios Internacionales, Ginebra, 6 a 9 noviembre 1980.

²⁷ HILDERBRAND, R.C. «Los Orígenes de las Naciones Unidas y de la Búsqueda de seguridad en la Posguerra» 1990. ver Capítulos 21, pág. 364 a 384 y capítulo 22, págs. 385-430.

²⁸ Akehurt's Modern Introduction International Law, capítulo 19 infra, pág. 309.

²⁹ Akehurt's Modern Introduction International Law el capítulo 22 infra, págs. 387 y ss.

nal, con respecto a un Estado que represente una amenaza para la paz (desde los orígenes de la ONU hasta nuestros días, las medidas del capítulo VII, en el que se consideran estos casos, nunca han sido aplicadas).

- La segunda excepción a la prohibición general de la guerra es el derecho a recurrir a la fuerza en caso de guerra de liberación nacional.
- La tercera excepción, que es sin duda la más seria amenaza para el respeto de la prohibición de recurrir a la fuerza, es la que permite la guerra defensiva.

Habida cuenta de las dificultades que tiene la comunidad internacional para definir la noción de agresión y, por lo tanto, la de agresor, así como de la politización a nivel mundial de todo litigio internacional, dada la estructura actual de la comunidad internacional, esta excepción a la prohibición general de recurrir al uso de la fuerza pone permanentemente en peligro la observancia de su prohibición.

La teoría comunista del derecho internacional y una etapa posterior a los nuevos Estados emergentes del proceso de descolonización después de la Segunda Guerra Mundial tendió a cuestionar nuevamente los principios que regían el derecho internacional y entre ellos el de intervención por razones humanitarias. Lo que legitima la intervención por la fuerza del Derecho es la creación y mantenimiento de un determinado sistema social en beneficio de los individuos que lo integran.³⁰

Además, dado que el Derecho internacional cada vez cubría más vastas y complejas áreas incluyendo los temas tradicionales, como la posición de los Estados, la responsabilidad del Estado, la paz y la seguridad, las leyes de la guerra, el derecho de los tratados, el derecho del mar, la ley de los cursos de agua internacionales, y la dirección de las relaciones diplomáticas, así como los nuevos temas, tales como las organizaciones internacionales, la economía y el desarrollo de la energía nuclear la ley de aire y las actividades relativas al espacio ultraterrestre, el uso de los recursos en alta mar, el medio ambiente, las comunicaciones y, por último pero no menos importante, la protección internacional de los derechos humanos³¹, desde finales de la década de los ochenta del siglo XX prolifera la utilización de términos «derecho de intervención», o «protección de humanidad» que parecían referirse a una nueva figura de Derecho internacional que perseguía la protección de los derechos humanos más fundamentales del hombre y que, asimismo, parece debilitar principios básicos del Derecho Internacional Contemporáneo como el de soberanía, no intervención y prohibición del uso de la fuerza, ana-

³⁰ MIR PUIG, S «Introducción a las bases del Derecho penal», Barcelona, 1982, pág. 135.

³¹ Akehurt's Modern Introduction International Law, Seventh edition 1993, capítulo 14, pág. 209.

lizados en puntos anteriores.³² La justicia internacional en materia de Derechos Humanos comienza a tener aplicación, o por lo menos, el proceso para institucionalizar mecanismos que no dejen impunes los llamados delitos de lesa humanidad se abre paso cada día en forma inusitada.

A pesar de que luego de la Segunda Guerra Mundial existieron los Tribunales de Núrnberg y Tokio y que a finales del siglo XX se institucionalizaron los de Ruanda y la antigua Yugoslavia, la creación de la Corte Penal Internacional mediante el Tratado de Roma aprobado por 120 países en la Conferencia de Naciones Unidas el 17 de julio de 1998, marcan un trascendental hito en cuanto al reconocimiento de una jurisdicción mundial para juzgar crímenes que violan los Derechos Humanos.

En la actualidad no puede afirmarse el carácter absoluto del principio de soberanía ya que el Estado debe seguir las directrices establecidas por el Derecho internacional en aquellas materias que han dejado de ser competencia exclusiva, estando obligado a cumplir las normas específicas de las diferentes Organizaciones Internacionales de las que forme parte. Afortunadamente el siglo XXI, ha traído un halo de esperanza con el enjuiciamiento de nuevos casos como Pinochet, Milosevic, Sharon, Kissinger,³³ Hussein, Videla, Stroessner, Fujimori y Montesinos, aunque al mismo tiempo, quedan todavía impunes todavía muchas conductas como los crímenes rusos en Chechenia, los bombardeos de la OTAN contra Irak y los Balcanes, la desmedida represión de los gobernantes de China...ect, cuyo enjuiciamiento parece poco probable, pese a los esfuerzos políticos jurídicos ya señalados.

Del mismo modo, se abre un periodo de incertidumbre punitiva respecto a nuevas formas de actuación criminal como el terrorismo islámico o internacional a gran escala, que exige un compromiso de todas las naciones involucradas y una voluntad firme no obstativa que permita el correcto funcionamiento de las instituciones internacionales creadas para la represión y enjuiciamiento de los crímenes cometidos y sus responsables. Es el momento de revisar a, acuerdos, pactos, convenciones y protocolos, recuperar el principio de «intervención por razones humanitarias «otorgando un nuevo estatuto de «víctimas «para todos aquellos civiles atrapados en conflictos bélicos cuyos derechos más básicos están viéndose afectados de forma irremediable, frente a la pasividad internacional. Es el momento de ac-

³² TANJA, G.J. «Humanitarian Intervention and humanitarian Assistance: An Echo from the Past and a Prospect for the Future», en *Le droit face aux crises humanitaires*, vol. II, *L'accès aux victimes: droit d'ingérence ou droit à l'assistance humanitaire?*, Bruselas, Comisión Europea, 1995, pág. 74.

³³ HITCHENS, C. «Kissinger, ¿criminal de guerra?», *Lecturas Dominicales*, diario El Tiempo, Bogotá, 29 de julio de 2001, páginas 2 y 3. El catedrático emérito de la Escuela Wharton (Universidad de Pennsylvania) HERMAN, E ha escrito: «El papel de Kissinger en el genocidio de Camboya, Chile y Timor Este le convierten en un criminal de guerra de primera clase, al menos de la categoría del ministro de Exteriores de Hitler Von Ribbentrop, ahorcado en 1946. Pero Kissinger goza de la impunidad que tienen los líderes y agentes de la potencia dominante».

tuar y adelantarse al resultado previsible, exigiendo el respeto de los principios más básicos del Derecho humanitario actuando con carácter preventivo y no «*ad hoc*», tarde o nunca.

1.2. EL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL INSPIRADOR DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL: ANALISIS DEL CONTEXTO HISTORICO POLÍTICO CREACION DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES Y LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

1.2.1. INTRODUCCION

Sería HUGO GROCIO el que al formular el aforismo «*aut dedere aut iudicare*»,³⁴ y señalar «el deber de los Estado de extraditar o de perseguir a los autores de los crímenes que interesan de cualquier manera a la sociedad humana», enunciaría por primera vez, este principio al sostener que «los soberanos, y aquellos que están investidos con un poder igual al de ellos, tienen Derecho a castigar no sólo las injurias cometidas contra ellos o sus súbditos, sino también aquellas que no les conciernen especialmente que son, para cualquier persona, graves violaciones de la ley natural o de las naciones (...). Los soberanos, junto a la responsabilidad de sus particulares dominios, tienen a su cargo el cuidado de la sociedad humana en general».

El origen del principio de justicia universal se remonta a las concepciones iusnaturalistas de los juristas españoles de los siglos XV y XVI, alcanzando gran protagonismo durante el fin de la Segunda Guerra Mundial³⁵ siendo el primer delito respecto del cual se invocaría el delito de piratería ya que durante los siglos XVI y XVII los piratas serán considerados «*hostis humani generis*», enemigos de toda la humanidad sometidos a la jurisdicción universal,³⁶ por razón de la especialidad que presentaba el lugar y no la gravedad de las conductas.

Como hemos expuesto supra, es a raíz de las Conferencias Internacionales de La Haya de 1899 y 1907³⁷ respectivamente que conducirán a la creación, tras la I Guerra Mundial de la Sociedad de Naciones, cuando comienza a detectarse cambios sustanciales en la sociedad internacional de la época suficientes para tomar conciencia de que es necesario crear normas

³⁴ GROCIO. H. «De iure belli ac pacis» Libro II, cap. 21, párrafo 3 y 4, traducción inglesa: The Law of War and Peace, 1995, págs. 525 a 529.

³⁵ BUCKLE, S. «El Derecho natural» editorial Alianza, 1995 pág. 69 y ss.

³⁶ CARRILLO SALCEDO. J.A. «Soberanía del estado y Derecho internacional» publicado por la Universidad de Sevilla, 2005, pág. 570.

³⁷ ANSUATEGUI ROIG, F.J. «Poder, ordenamiento jurídico, Derechos». Editorial Dikynson, 1997, pág. 16.

que regulen los principios esenciales de la actividad de un auténtico Derecho internacional superior a la convención de voluntades de su agentes, es decir, de los Estado.

Esta nueva concepción se vio impulsada y fortalecida por la nueva corriente denominada «iuspositivismo de valores», según la cual, la clásica dicotomía ética entre lo bueno y lo malo ha de tener un contenido jurídico a través de la diferenciación entre lo justo y lo injusto, no sólo a través de ideas o principios de razón superior (iusnaturalismo) sino a través de normas. Se abría paso a un orden internacional que regulaba de igual forma los valores y normas que la infundían, así como la cooperación entre sus agentes, dotados de nuevos derechos y obligaciones necesarios ante la nueva realidad.³⁸

Surge así el Derecho penal internacional («Völkerstrafrecht»)³⁹ que se define tradicionalmente, como el conjunto de todas las normas de Derecho internacional que establecen consecuencias jurídico-penales⁴⁰. Se trata de una combinación de principios de Derecho penal y de Derecho internacional.

La idea central de la responsabilidad individual⁴¹ y de la irreprochabilidad de una determinada conducta proviene del Derecho penal, mientras que las clásicas figuras penales⁴², en su calidad de normas internacionales, se deben clasificar formalmente como Derecho internacional, sometiendo de este modo la conducta en cuestión a una punibilidad autónoma de Derecho internacional (principio de la responsabilidad penal directa del individuo según el Derecho internacional).

Nos encontramos, por ello, frente a un ordenamiento jurídico-penal autónomo. Este ordenamiento jurídico internacional, aunque fuera más en el plano teórico que práctico, permitió la aparición de un principio esencial, cuya evolución dio lugar al principio de justicia universal.

³⁸ PEREZ LUÑO, A.E. «Derechos humanos, estado de Derecho y Constitución», editorial Tecnos, Madrid, 2005, página. 59.

³⁹ AMBOS, K. «Derechos Humanos y derecho intrnacional» Diálogo Político. Publicación trimestral de la Konrad-Adenauer-Stiftung A. C. Año XXI - N.º 3 - Septiembre, 2004, pág. 101, referencia primera. Sobre el concepto, utilizado por primera vez por BELING, decididamente en favor del concepto JESCHECK, «Verantwortlichkeit» (1952), pág. 8; en contra OEHLER Internationales Strafrecht» 1983, pág. 606.

⁴⁰ Más detalles ver TRIFFTERER, O «Untersuchungen» 1966, pág. 34: «Derecho penal internacional en sentido formal es el conjunto de todas las normas de naturaleza penal del Derecho internacional, que conectan a una conducta determinada -crímenes internacionales- ciertas consecuencias típicamente reservadas al Derecho penal y que, como tales, son aplicables directamente». Sobre el concepto y su fundamentación KOHLER, J.B., Recht und öhler, Recht und Ethik, 2003, págs. 443 y ss. Respecto del concepto de crímenes internacionales, BREMER, «Strafverfolgung», 1999, pág. 68 y ss.

⁴¹ Sobre su reconocimiento ya en Núremberg MCDONALD/SWAAK-GOLDMAN, «Int. Criminal Law», 2000, pág. 1 y ss. Ver también BASSIOUNI, «Introduction», 2003, págs. 12, 47, 59, 64 y ss.

⁴² Artículo 6 del anexo al Acuerdo de Londres de las cuatro potencias del 8 de agosto de 1945: crímenes contra la paz, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad., con más detalles, págs. 81 y ss.

El desarrollo de diferentes acuerdos interestatales relativos a la persecución de la delincuencia fueron sentando progresivamente las bases para la demanda internacional de responsabilidad penal a los individuos, sobre la base del principio de justicia universal superando la vieja concepción por la que sólo los Estado eran acreedores de responsabilidad en el plano del Derecho internacional.

Efectivamente, la aparición de una serie de valores supranacionales relativos al bienestar, la dignidad, los derechos humanos etc., para cuya protección resultaba cada vez más insuficiente la intervención aislada de los Estado ⁴³consolidó al principio de justicia universal como un principio esencial del Derecho internacional y proporcionó la principal legitimación deseada. Mediante el mismo y por primera vez, los Estado se declaran competentes para perseguir determinados delitos cometidos fuera de sus fronteras con independencia de la nacionalidad de sus autores o sus víctimas.⁴⁴

A su vez, ello requería, la consolidación de instrumentos jurídicos para exigir dicha responsabilidad como la asistencia y cooperación, los cuales se hallan establecido en torno a diversos intereses de la comunidad internacional siendo el esencial, prioritario y universal, la protección de los derechos humanos considerados estos el núcleo duro del compromiso en la persecución de delitos. Los atentados a los derechos humanos como bienes jurídicos emanados del orden internacional, son así identificados como los auténticos crímenes contra la comunidad internacional.

Este es el marco de partida en que se inscribe el principio de justicia universal como principio inspirador del Derecho penal internacional.

1.2.2. ANALISIS DEL CONTEXTO HISTORICO POLITICO

Pero, para entender correctamente el desarrollo y alcance del principio que está siendo analizado y sus consecuencias jurídico -punitivas más relevantes, debemos partir de un breve análisis de la situación jurídico-política de los siglos que nos preceden.

Formalmente, podemos afirmar que fue el Tratado de Versalles de 28 de junio de 1919, que incluía en su articulado el Derecho de las potencias vencedoras en la Primera Gran Guerra a juzgar a las personas acusadas de haber realizado actos contrarios al De-

⁴³ Con amplio desarrollo de los factores incidentes, GONZALEZ CAMPOS-SANCHEZ, J.L. / RODRIGUEZ-SAENZ DE SANTA MARIA, P.A. «Curso de Derecho Internacional público», Civitas cuarta edición Madrid, 2008, pág. 66 y ss.

⁴⁴ Entre otros, MIAJA DE LA MUELA, A. «Derecho internacional privado, II, Parte especial», Madrid, 1987, págs. 631 y ss. ESPINAR VICENTE, J.M. «Tratado elemental de Derecho internacional privado», editorial Universidad de Alcalá de Henares, 2008, pág. 118, DIEZ SANCHEZ, J.J. «El Derecho penal internacional (ámbito espacial de la ley penal)», editorial Colex, Madrid, 1990, págs. 174 y ss.

recho de la guerra y la obligación para Alemania de proceder a la detención de los criminales⁴⁵, el primer texto normativo que regula este principio.

Posteriormente, al finalizar la Segunda Guerra Mundial, en virtud de este principio, se crean los Tribunales Militares Internacionales de Nürnberg y para el Extremo Oriente (Tokio), en 1945⁴⁶ y 1946⁴⁷ respectivamente, para juzgar a los principales responsables alemanes y japoneses acusados de la comisión de «crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad».

El Estatuto del Tribunal de Nürnberg confirmado por la Asamblea General de Naciones Unidas en resolución 95 (II) de 11 de diciembre de 1946 se apoya en unos principios básicos desarrollados en los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional al elaborar un Proyecto de Código de Crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad por encargo de la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1947.⁴⁸

Los principios a destacar son:

- Principio II: El hecho de que el Derecho interno no imponga pena alguna por un acto que constituya delito de Derecho internacional, no exime de responsabilidad en Derecho internacional a quien lo haya cometido.

⁴⁵ ANDRES DOMINGUEZ, A. C. «Derecho Penal Internacional». Tirant lo Blanch, 2006, pág. 57. Este autor destaca, no obstante, que «la pretensión de juzgar a los militares acusados de crímenes de guerra resultó fallida, y ello debido a la decisión de las potencias vencedoras –después de la negativa alemana a extraditar a los criminales de guerra– de encomendar a la misma justicia alemana –y aplicando sus propias leyes– la misión de juzgar a sus propios soldados; misión ésta que fue encomendada al Tribunal Supremo de Leipzig y que se saldó con la imposición de penas mínimas, que ni siquiera se llegaron a cumplir en los términos de las sentencias, a los responsables de menor graduación».

⁴⁶ Reunida la Comisión cuadripartita de las potencias vencedoras (EEUU, Gran Bretaña, Francia y la URSS) en Londres el 8 de agosto de 1945 hizo público el Acuerdo y el Estatuto por los que habrían de regirse la constitución y el funcionamiento del tribunal militar internacional que habría de juzgar las responsabilidades penales de los grandes criminales de guerra.

⁴⁷ El 19 de enero de 1946 se otorga la Carta para la constitución del Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente.

⁴⁸ El 13 de febrero de 1946 la Asamblea General de la ONU adoptó la Resolución 3 (I), en la que «toma conocimiento de la definición de los crímenes de guerra, contra la paz y contra la Humanidad tal como figuran en el Estatuto del Tribunal Militar de Nüremberg de 8 de agosto de 1945». Luego, ese mismo año, en su Resolución n.º 95 (I) de 11712/1946 confirmó los principios de Derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nüremberg y la sentencia de éste. Más tarde, en su segunda sesión de 1947, la opinión pública mundial, a través del voto unánime de la Asamblea General de la ONU, en la Resolución 177 (II) de 21/11/1947, confió a la Comisión de Derecho Internacional la tarea de formular dichos principios, y preparar un «Proyecto de código de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad». La tarea confiada a la CDI no consistía en expresar ningún juicio de valor sobre esos principios, como principios del Derecho internacional, sino simplemente en formularlos. La Comisión completó en su segundo período de sesiones celebrado en 1950 la formulación de los siete principios de Derecho internacional, que luego fueron aprobados por la Asamblea General en su Resolución 488 (V) de 12/12/1950.

- Principio IV: El hecho de que una persona haya actuado en cumplimiento de una orden de su Gobierno o de su superior jerárquico no la exime de responsabilidad conforme al Derecho internacional si efectivamente ha tenido la Posibilidad moral de opción.
- Principio VI c): son delitos contra la humanidad: el asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando tales actos sean cometidos o tales persecuciones sean llevadas a cabo al perpetrar un delito contra la paz o un crimen de guerra o en relación con él.

El Estatuto del Tribunal del Nürnberg , refleja de una forma meridiana el carácter internacional de los intereses protegidos, siendo estos los que proporcionan una especial fuente de legitimación al principio de justicia universal.

Años más tarde, la Asamblea General de la ONU adoptó en 1948 el Convenio para la prevención y sanción del delito de genocidio⁴⁹, un día antes de la proclamación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, y estableció en 1950 un Comité especial para la elaboración del estatuto de un Tribunal Penal Internacional de carácter permanente. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 19 de diciembre de 1966 consolidó internacionalmente la tendencia legislativa anterior, creando más normas imperativas para los Estado en materia de violación de derechos humanos tras los masivos atentados cometidos durante el período nazi.

En este acuerdo internacional, se establece el predominio de los principios internacionales sobre el Derecho interno cuando se trata de responsabilidad internacional al disponer que «Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse fueran delictivos según los principios generales del Derecho reconocidos por la comunidad internacional».

Con ello se establece un principio de legalidad internacional en virtud del cual, aunque los hechos no sean delictivos en el lugar de comisión, son perseguibles internacionalmente si en el momento de cometerse constituyen delitos contra los principios reconocidos por la comunidad internacional.

Tras el final de la guerra fría, la Asamblea General volvió a retomar el tema, encargando en 1989 a la Comisión de Derecho Internacional la elaboración de sendos *proyectos* de Estatuto de la Corte Penal Internacional y de Código de Crímenes contra la Paz y de la Seguridad de la Humanidad.

⁴⁹ Resolución 280 A, III. ONU, Treaty Series, vol. 78, pág. 277.

1.2.3. LA CREACION DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES Y LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Como señala GIL Y GIL⁵⁰ «Tras el naufragio de varios proyectos, y cuando la empresa parecía ya inviable, la Comunidad internacional asiste a un acontecimiento que hizo revivir el interés y la confianza en aquellos trabajos: la constitución por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas de tribunales *ad hoc* para el enjuiciamiento de los crímenes internacionales cometidos en los conflictos de la ex Yugoslavia y de Ruanda y sus Estados vecinos. Al mismo tiempo diversas jurisdicciones nacionales, entre ellas y con especial protagonismo la española, inician variados procesos con base fundamentalmente en el principio de jurisdicción universal, por la comisión de crímenes internacionales fuera de sus fronteras (casos contra las dictaduras argentina y chilena, caso Guatemala, recientemente caso Tíbet, etc.). Todo ello genera sin duda una opinión pública internacional favorable a la conclusión con base fundamentalmente en el principio de jurisdicción universal, por la comisión de crímenes internacionales fuera de sus fronteras (casos contra las dictaduras argentina y chilena, caso Guatemala, recientemente caso Tíbet, etc.).

A) Los Tribunales Internacionales

Paralelamente a este proceso, surgieron en la última década del pasado siglo iniciativas de ámbito más restringido, pero de gran importancia como precedentes de la Corte Penal Internacional, como es el Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia (en adelante TPIY), creado por la Resolución 827 de 25 de mayo de 1993 del Consejo de Seguridad en virtud del capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas⁵¹ para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de genocidio y otras graves violaciones del Derecho Humanitario bélico cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia⁵².

La principal característica de los tribunales mixtos en razón a la composición del tribunal, derecho a aplicar y los crímenes sujetos a su jurisdicción. En relación a la composición, el tribunal estará conformado tanto por jueces nacionales como por jueces extranjeros, lo que hace que dicho órgano judicial tenga un punto de vista amplio, ya que junto a la perspectiva

⁵⁰ GIL GIL, A «Derecho Penal, Tribunales penales internacionales en la actualidad «artículo on line www.iaeu.edu.es/...penal-tribunales-penales-internacionales-en-laactualidad.

⁵¹ PIGRAU SOLE, A. «Reflexiones sobre el tribunal internacional para la antigua Yugoslavia desde la perspectiva de la codificación y el desarrollo progresivo del Derecho internacional», en Anuario Hispano Luso Americano de Derecho Internacional, 1994, pág. 215

⁵² International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY): <http://www.icty.org/>. Beltrán Montoliu, A. «Los Tribunales penales internacionales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda: Organización, proceso y prueba» editorial Tirant lo Blanch, 2003.

interna de la causa se une la internacional. En cuanto a las normas, los tribunales aplicarán principalmente su Estatuto, sin perjuicio de que también apliquen legislación interna, sin que por ello se vea afectado el principio de legalidad ⁵³ ya que los crímenes internacionales de los que pueden conocer forman parte del Derecho internacional consuetudinario y el resto de delitos de su competencia se encuentran tipificados en el Derecho penal del Estado afectado.

A.1. El Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia

El Consejo de Seguridad había reflejado en resoluciones anteriores que la constante violación del DIH en el territorio de la Yugoslavia ponía en peligro la paz y seguridad mundial, debiendo adoptarse los mecanismos oportunos a fin de evitar que siguieran cometándose estas barbaridades. Las principales resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas que dieron origen al Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia fueron las siguientes, la Resolución 764 (1992)⁵⁴, la Resolución 780 (1992)⁵⁵, la Resolución 808 (1993)⁵⁶ y la 827(1993).⁵⁷

⁵³ Decisión del SCSL de 13 de marzo del 2004, caso SCSL 04-14-PT-035II Kalon, Hinga y Kamara, párrafo. 80 y Doc. UN S/2000/915, párrafo. 12; v M. D. KIELSGARD. 2011, «The legality principle in sentencing at the ECCC: making up law as it goes along?» en *Asia Journal of International Law*, n.º 2, págs. 119 a 136.

⁵⁴ En dicha resolución se establecía la obligación de todas las partes en conflicto para cumplir con las obligaciones impuestas por el Derecho humanitario internacional, especialmente los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949; asimismo, también se afirmó que quienes cometieran u ordenasen cometer la comisión de violaciones graves de los Convenios serían considerados personalmente responsables de dichas violaciones.

⁵⁵ En esta resolución se pide al Secretario General de la Organización que estableciera, con carácter urgente, una Comisión de Expertos encargados de examinar y analizar toda la información, con objeto de presentar la evidencia de graves transgresiones de los Convenios de Ginebra y otras graves violaciones del Derecho humanitario internacional cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia; cfr. PIGNATELLI, F. y MECA. 1994, «Consideraciones acerca del establecimiento del Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia a partir de 1991», en *Revista Española de Derecho Militar*, Vol. 64, págs. 4 y ss.; cfr. M. C. BASSIOUNI y P. MANIKAS. 1996, loc cit, pág. 205; el documento que elaboró la comisión de expertos, Doc. S/25274 de 10 de febrero de 1993, fue en cierta manera muy arriesgado, toda vez que dicha comisión pretendía la aplicación de las normas básicas del DIH a un conflicto el cual todavía no se sabía si era internacional o no, lo que demuestra la intención de la comisión de ampliar el ámbito de aplicación de los Convenios de Ginebra de 1949 a los conflictos internos.

⁵⁶ En esta resolución se afirma que a la vista de la información recabada se puede determinar que la situación en el territorio de la antigua Yugoslavia suponía una amenaza para la paz y seguridad internacional y que como medida para poner fin a los crímenes que allí se estaban cometiendo y hacer comparecer a los responsables de los mismos se iba a establecer «un Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del DIH cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991».

⁵⁷ Resolución 827 (1993), de 25 de mayo, del CSNU por la que se crea el Estatuto del Tribunal Internacional para el castigo de los crímenes internacionales perpetrados en la antigua Yugoslavia; publicado en el BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1993; cfr. M. CASTILLO DAUDI y S. SALINAS ALCEGA. 2007, «Responsabilidad penal del individuo ante los Tribunales Internacionales», Valencia: Tirant Lo Blanch, pág. 42.

Según los términos de la resolución 827, el objetivo del TPIY es «juzgar a las personas presuntamente responsables de violaciones graves de Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia entre el 1 de enero de 1991 y una fecha que será determinada por el Consejo después de la restauración de la paz».

Así el Estatuto del Tribunal señala que este es competente para conocer:

- Crímenes cometidos después del 1 de enero de 1991.
- Crímenes cometidos en el territorio de la ex Yugoslavia.
- Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 (artículo 2), violaciones de las leyes y las costumbres de la guerra (artículo 3), genocidio (artículo 4) y, crímenes contra la humanidad.
- El tribunal es competente para juzgar a las personas físicas (competencia personal).

En coherencia con la finalidad recogida en la Resolución del Consejo de Seguridad, el objetivo del TPIY comprende cuatro aspectos:

- Someter a juicio a las personas acusadas de graves violaciones del Derecho Humanitario Internacional.
- Hacer justicia a las víctimas de las referidas violaciones.
- Evitar crímenes futuros.
- Contribuir a la restauración de la paz promoviendo la reconciliación en la ex Yugoslavia.

Es decir, no sólo se trata de llevar ante la justicia a las personas presuntamente responsables de violaciones graves de Derecho internacional humanitario, sino de hacer justicia a las víctimas, prevenir la comisión de nuevas violaciones de Derecho internacional humanitario, imponer la verdad judicial a fin de evitar el revisionismo, contribuir al restablecimiento de la paz y favorecer la reconciliación en la ex Yugoslavia.

El Estatuto de dicho Tribunal recoge como punibles y sujetos a su jurisdicción los delitos de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, las violaciones al Derecho o costumbre internacionales de guerra y las graves violaciones a las Convenciones de Ginebra de 1949.⁵⁸

⁵⁸ Los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales son tratados internacionales que contienen las principales normas destinadas a limitar la barbarie de la guerra. Protegen las personas que no participan en las hostilidades (civiles, personal sanitario, miembros de organizaciones humanitarias) y a los que

El TPI de conformidad con lo dispuesto en su artículo 11 está compuesto por tres órganos:

- La Oficina del Procurador.
- Las Salas.
- La Secretaría.
- La Oficina del Procurador actúa independientemente del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, de cualquier Estado, organización internacional u otros órganos del Tribunal. Su función es preparar el acta de acusación y llevar la acusación ante el tribunal. El Procurador es nombrado por el Consejo de Seguridad a proposición del Secretario General de Naciones Unidas. Su mandato es de 4 años renovable. Y sus funciones están previstas en el artículo 16 del Estatuto del Tribunal.

Las Salas (artículo 12 del Estatuto) están compuestas por dieciséis jueces permanentes y un máximo de 9 jueces «*ad litem*». ⁵⁹Esta composición fue modificada en 2006 por medio de la resolución 1660 del Consejo de Seguridad.

Los jueces son designados a tres Salas de Primera Instancia constituida por tres jueces permanentes y un máximo de 6 jueces «*ad litem*» y una Sala de Apelaciones compuesta por 7 jueces permanentes. Esta Sala puede confirmar, anular o revisar las decisiones de primera instancia.⁶⁰

ya no pueden seguir participando en los combates (heridos, enfermos, náufragos, prisioneros de guerra). Las Convenciones de Ginebra sólo se aplican a los conflictos armados internacionales, a excepción del artículo 3, común a las 4 Convenciones, que también abarca las guerras civiles en el interior de un mismo país. Con motivo de su 60º aniversario se ha planteado la necesidad de actualizar esos textos habida cuenta los nuevos escenarios en que se presentan los conflictos bélicos en el siglo XXI. Enlace de interés en la página oficial del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) ver también FERNRICK W,F J. «The application of the Geneva Conventions by the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia» in *International Review of the Red Cross*, n.º 834, págs. 317-329, 1999. BOELAERT-SUOMINEN SONJA. «The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia and the Kosovo Conflict» in *International Review of the Cross*, n.º 837, págs. 217-252, 2000.

⁵⁹ Los dieciséis jueces permanentes son elegidos por la Asamblea General de Naciones Unidas por un periodo de cuatro años renovable (artículo 13 *bis*). Un juez *ad litem* sólo puede prestar servicio en las Salas de Primera Instancia para uno o más juicios, luego de haber sido designado por el Secretario General a petición del Presidente del Tribunal y por un periodo acumulativo de hasta tres años pero que no podrá incluir ningún periodo de tres años consecutivo. Los nueve jueces «*ad litem*» son parte de un grupo de veintisiete jueces también elegidos por la Asamblea General de Naciones Unidas pero por un periodo de 4 años pero no renovable (artículo 13 *ter*).

⁶⁰ Para un estudio en profundidad sobre la composición y actuación del Tribunal, véase JONES J.R. / STEVEN POWLES. «International Criminal Practice: The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, the International Criminal Tribunal for Rwanda, the International Criminal Court, and the Special Court for Sierra Leon» editorial Transnational Publishers, 2003.

Se trata no obstante de un Tribunal que ejerce su competencia⁶¹ junto con las jurisdicciones nacionales (artículo 9), aunque con primacía sobre estas, y puede, en el interés de la justicia, solicitar a una jurisdicción nacional que se declare incompetente en una investigación o un caso en cualquier etapa del procedimiento.

En mi opinión, su creación necesaria y adecuada a Derecho aunque como organismo creado y subsidiario del Consejo de Seguridad no incide en su imparcialidad e independencia, al tratarse de un órgano judicial.

A.2. El Tribunal Penal Internacional para Ruanda

Igualmente, y tomando como modelo el Tribunal de la ex Yugoslavia, por Resolución 995 de 8 de noviembre de 1994 del Consejo de Seguridad en virtud del capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, se crea el Tribunal Penal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de Ruanda⁶² (en adelante TPIR), así como a los responsables de violaciones de esa naturaleza cometidas en territorios de Estado vecinos entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994, cuya constitución, composición y funcionamiento se regulan en el Estatuto anejo a la Resolución ⁶³.

Las principales resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas que dieron origen a este tribunal fueron las siguientes, la Resolución 912 (1994)⁶⁴, la Resolución 918 (1994)⁶⁵, la Resolución 925 (1994), la Resolución 935 (1994)⁶⁶, y finalmente mediante la

⁶¹ Sobre la competencia ver DELGADO CANOVAS, JB: Naturaleza y estructura básica del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Granada, 2000, Edit. Comares.

⁶² International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR): <http://www.icttr.org/>. Ver también, Morris Virginia, The International Criminal Tribunal for Rwanda, Irvington -on- Hudson N.Y.: Transnational Publishers, cop., 1998. Magnarella Paul J., «Justice in Africa: Rwanda 's genocide, its courts, and the UN Criminal Tribunal», Aldershot, Ashgate, 2001. Essoungou André-Michel, Justice à Arusha, L'Harmattan, Paris, 2006.

⁶³ Los sangrientos enfrentamientos trivales entre la minoría tutsi y la mayoría hutu escapan al control del gobierno de Rwanda. El propio Presidente Habyalimana muere víctima de un atentado en abril de 1994. Las fuerzas rebeldes del Frente Patriótico de Rwanda, dominado por los tutsis, se enfrentan al gobierno. Se entabla una cruenta guerra civil y étnica. Los muertos se cuentan por miles y los refugiados por decenas de miles.

⁶⁴ En dicha resolución se condena la violencia desencadenada en Ruanda y los ataques que se estaban produciendo contra la UNAMIR, indicando a las partes que debían respetar en todo caso el DIH.

⁶⁵ En esta resolución, se expresa la alarma por las constantes violaciones, sistemáticas y generalizadas del DIH, recordando que la matanza de miembros de un grupo étnico con la intención de destruirlos es un crimen de genocidio.

⁶⁶ En esta resolución se condena todas las violaciones del Derecho internacional humanitario en Ruanda, en particular aquellas que tienen como objetivo la población civil, y recordó que las personas que participaban en esos actos o los instigaban eran responsables de ellos a título individual; asimismo, se pide que se constituya una Comisión de Expertos para que analice y examine la situación en Ruanda, elaborando ésta

Resolución 955 (1994).⁶⁷ De conformidad con la resolución 995 el TPIR tiene el poder de procesar a las personas responsables de genocidio y otras serias violaciones de Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda y a los ciudadanos ruandeses responsables del genocidio y de otras violaciones similares cometidas en el territorio de los Estado vecinos entre el 1 de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994.

Por ello resulta competente para juzgar:

- Crímenes cometidos entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994, artículo 7 del Estatuto del TPIR.
- Crímenes cometidos en el territorio de Ruanda y los Estado vecinos en caso de serias violaciones de Derecho internacional humanitario cometidas por ciudadanos ruandeses, artículo 7 del Estatuto del TPIR.
- Genocidio, artículo 2 del Estatuto del TPIR; crímenes de lesa humanidad, artículo 3 del Estatuto del TPIR; violaciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales del 8 de junio de 1977 (protección de civiles en tiempos de guerra y violaciones de las leyes y costumbres de guerra), artículo 4 del Estatuto del TPIR .
- Personas naturales, artículo 5 del Estatuto del TPIR.

El TPIR no tiene competencia exclusiva para juzgar y sentenciar personas responsables por violaciones de Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda. Ejerce su competencia concurrentemente con las Cortes nacionales (artículo 8 del Estatuto del TPIR). Sin embargo, el TPIR tiene primacía sobre estas cortes y puede solicitar formalmente en el interés de la justicia, deferir su competencia de investigación o sobre cualquier caso en cualquier etapa del procedimiento. Por otro lado, los jueces nacionales pueden juzgar crímenes que caen dentro de la competencia del TPIR, pero el TPIR tiene supremacía en todos estos casos, aun después de que una sentencia nacional sea rendida. El artículo 6 del Estatuto del TPIR establece que los autores de crímenes cometidos en el territorio de Ruanda son individualmente responsables por dichos crímenes. Asimismo,

un informe final que establece tres cuestiones fundamentales: primera, que personas de ambos bandos han cometido violaciones graves del DIH, en particular, las obligaciones estipuladas en el art. 3 común a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y en el Protocolo II Adicional a dichos convenios; segunda, que personas pertenecientes a ambos bandos han cometido delitos contra la humanidad y tercero, que elementos hutus perpetraron actos de genocidio contra el grupo tutsi en forma concertada, planificada y sistemática. Cfr. PIGNATELLI y MECA. 1995, «El Tribunal Penal Internacional para Ruanda», en Revista Española de Derecho Militar, n.º 65, pág. 410.

⁶⁷ ALIA PLANA, M. «Los tribunales tribales para la represión del genocidio ruandés», en Revista Española de Derecho Militar, n.º 89, 2007, pág. 275

especifica que la posición oficial de la persona acusada, ya sea como jefe de Estado o de Gobierno o como un funcionario de gobierno, no lo exonera de responsabilidad penal.⁶⁸

A.3. El Tribunal Especial para Sierra Leona

Otro órgano jurisdiccional creado *ad hoc*, fue el Tribunal Especial para Sierra Leona (en adelante TESL). Mediante la Resolución 1315 (2000), de 14 de agosto de 2000, el Consejo de Seguridad de la ONU encomendó al Secretario General que negociara un acuerdo con el Gobierno de Sierra Leona para crear un tribunal especial independiente encargado de juzgar a los principales responsables de las atrocidades cometidas en el territorio de ese país, azotado por varios años de guerra civil en la que murieron 200.000 personas. El Parlamento de Sierra Leona ratificó éste acuerdo en marzo de 2002.

El Tribunal Especial para Sierra Leona⁶⁹ representa un nuevo tipo de órgano judicial. Establecido conjuntamente por la ONU y el Gobierno de Sierra Leona, es pues un tribunal internacional y nacional, con jueces internacionales y sierraleoneses, que tiene su sede en el país donde se cometieron los crímenes (en Freetown, capital de Sierra Leona) y aplica la legislación nacional e internacional.⁷⁰

El TESL tiene competencia para juzgar «los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y las demás violaciones graves del Derecho internacional humanitario así como respecto de los delitos tipificados en el Derecho pertinente de Sierra Leona que hayan sido cometidos dentro del territorio de Sierra Leona a partir del 30 de noviembre de 1996».⁷¹

El artículo 2 del Estatuto incorpora una lista de crímenes de lesa humanidad que se basa en los Estatutos de los Tribunales internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda, considerando como tales los cometidos «como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil: a) asesinato; b) exterminio; c) esclavitud; d) deportación; e) encarcelación; f) tortura; g) violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado o cualquier otra forma de violencia sexual; h) persecución fundada en motivos políticos, raciales, étnicos o religiosos; i) otros actos inhumanos».

⁶⁸ El artículo 3 también abarca las guerras civiles en el interior de un mismo país a diferencia de las Convenciones de Ginebra que sólo se aplican a los conflictos armados internacionales.

⁶⁹ En relación a los tribunales híbridos o mixtos, FRULLI, M. 2000, «The Special Court for Sierra Leone: Some preliminary comments», en *European Journal of International Law*, Vol.11, n.º 4, págs. 857 y 858.

⁷⁰ SCHOCKEN. C. «The Special Court for Sierra Leone: Overview and recommendations», en *Berkeley Journal of International Law*, 2002, Vol. 20, pág. 437 y Resolución UN. S/2000/915 de 4 de octubre del 2000.

⁷¹ El Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona acerca del establecimiento de un Tribunal Especial para Sierra Leona figura como anexo al Informe del Secretario General de la ONU de 4 de octubre de 2000.

El tribunal está actualmente compuesto por un Tribunal de Primera Instancia con tres jueces y un Tribunal de Apelaciones con cinco jueces (artículo 12 del Estatuto). De los tres jueces de Primera Instancia, uno de ellos es nombrado por el gobierno de Sierra Leona, mientras que los otros son nombrados por la Secretaría General de Naciones Unidas. De los cinco jueces del Tribunal de Apelaciones, tres son nombrados por la Secretaría General de Naciones Unidas y dos son nombrados por el gobierno de Sierra Leona. En cuanto a la Oficina del Procurador, compuesto por un procurador y de un adjunto, el primero es nombrado por la Secretaría General de Naciones Unidas, el segundo es nombrado por el gobierno de Sierra Leona y debe, según el artículo 15 del Estatuto, poseer la nacionalidad sierraleonesa.⁷²

A.4. Salas Especiales establecidas en los Tribunales de Camboya

Por lo que se refiere a las Salas Especiales establecidas en los Tribunales de Camboya, estas se crearon sobre la base de un acuerdo en mayo de 2003 entre la ONU y el Gobierno Real de Camboya con arreglo al Derecho de Camboya, para conocer de los crímenes cometidos en ese país durante el período de Kampuchea Democrática (entre el 17 de abril de 1975 y el 6 de enero de 1979). Sin embargo éste acuerdo no crea propiamente dichos órganos jurisdiccionales cuyo establecimiento ha correspondido al Estado camboyano a través de la Ley sobre el establecimiento de Salas extraordinarias en los Tribunales de Camboya para la persecución de los crímenes cometidos durante el período de la Kampuchea Democrática, y en cuya composición prevalecen significativamente los jueces camboyanos, siendo el Derecho aplicable el Derecho camboyano con alguna referencia al Derecho internacional.

Las Cámaras Extraordinarias tienen competencia para conocer de los siguientes crímenes:

- Genocidio.
- Crímenes de lesa humanidad.
- Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949.
- Otros crímenes definidos por las leyes de Camboya que instituyeron las Cámaras Extraordinarias, en particular asesinato, tortura, persecución religiosa, destrucción de propiedad cultural durante el conflicto armado y violaciones de la Convención de Viena sobre protección diplomática.

⁷² Human Rights Watch, «Justice in motion: The Trial Phase of the Special Court for Sierra Leone», November 2005. The Special Court for Sierra Leone's official website Staggs M., «Special Court for Sierra Leone: Bringing Justice and ensuring lasting Peace, some reflections on the trial phase at the Special court for Sierra Leone», U.C. Berkeley, War Crimes Studies Center, April 2006.

La competencia temporal de las Cámaras Extraordinarias se limita a los crímenes cometidos en entre el momento en que los Jemeres Rojos tomaron el poder el 17 de abril de 1975 y la llegada de las tropas vietnamitas el 6 de enero de 1979 y se limita a los líderes de alto rango de la Kampuchea Democrática y los que tuvieron mayor responsabilidad. Como resultado, aquellos extranjeros que también fueron responsables de esta tragedia, específicamente al brindar apoyo al régimen de Pol Pot, no pueden ser llevados a juicio ante las Cámaras Extraordinarias.

En julio de 2010 recayó la primera sentencia sobre el camarada Duch, responsable de Tuol Seng —un legendario centro de tortura en Phnom Penh— condenado a 35 años por asesinato y crímenes contra la humanidad.

A.5. El Tribunal Especial Iraquí

El Tribunal Especial Iraquí (en adelante TEI) o como realmente es conocido Alto Tribunal Especial Iraquí fue establecido después de la guerra de Irak para el enjuiciamiento de los delitos cometidos por el régimen babaista. El Tribunal Especial Iraquí, fue creado durante la ocupación por Estados Unidos, su financiación inicial provenía fue de 128 millones de dólares EE.UU.⁷³. Sus jueces fueron seleccionados por el Gobierno provisional, y recibirían asesoramiento de externo.

El Alto Tribunal Penal Iraquí se basa en que la responsabilidad primaria por el enjuiciamiento de violaciones o crímenes tipificados y proclamados como tales en el marco del Derecho internacional, incumbe a los Estado soberanos.⁷⁴

⁷³ Report on Iraq Relief and Reconstruction: Quarterly Update to Congress, Oficina de Gestión de Recursos, enero de 2006, págs. 32–4, en <http://www.state.gov/documents/organization/58811.pdf>. Esos fondos financian, entre otras cosas, la labor de la Oficina de Coordinación sobre los Crímenes del Régimen, el apoyo de cuyo personal ha sido fundamental para las investigaciones y operaciones del Tribunal, la provisión de seguridad al personal del tribunal y a los abogados defensores, la exhumación de fosas comunes, el mejoramiento de las instalaciones de almacenamiento y manipulación de pruebas, la construcción de salas para los tribunales, la conducción de investigaciones, incluso interrogatorios, y la formación del personal del Tribunal Especial Iraquí.

⁷⁴ La necesidad de que los estados utilicen fueros penales y la autoridad penal nacionales a fin de hacer cumplir las normas estipuladas en acuerdos internacionales vinculantes es, tal vez, una de las características más coherentes del cuerpo del Derecho penal internacional. V., p. ej., la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, US Naval War College, Newport, Rhode Island, 1951 (en el art. 5, se obliga a las Partes Contratantes a adoptar las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones penales de la Convención). Cabe destacar que, en el mundo posterior al 11 de septiembre de 2001, la imposición de responsabilidad penal por actos de terrorismo se reserva exclusivamente a los tribunales de estados soberanos a través de los numerosos tratados creados por estados soberanos. M. A. Newton, «International criminal law aspects of the war against terrorism», en F. Borch y P. Wilson (eds.), *International Law and the War On Terror*, US Naval War College International Law Studies, n.º 79, 2003, pág. 323; BASSIOUNI M. C. «International Terrorism: Multilateral Conventions (1937–2001)», Transnational Publishers, Nueva York, 2001.

Con sede en Bagdad, tiene jurisdicción para los genocidios, los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra y las violaciones de la ley iraquí, como la prevaricación y la utilización de una posición para seguir una política «que pueda conducir a la guerra o a la utilización del Ejército iraquí contra otro país árabe». Por primera vez en el Derecho interno de Irak, los artículos 11 a 13 del Estatuto establecen la competencia del Tribunal para enjuiciar el crimen de genocidio (art. 11), los crímenes de lesa humanidad (art. 12) y los crímenes de guerra cometidos durante conflictos armados tanto internacionales como no internacionales (art. 13).

A.6. El Tribunal Especial de la República Libanesa

El 13 de diciembre de 2005, el Gobierno de la República Libanesa pidió a la ONU que establecieran un tribunal de carácter internacional para enjuiciar a todos los presuntos responsables del atentado con explosivos que tuvo lugar el 14 de febrero de 2005 en la ciudad de Beirut que causó la muerte del ex primer ministro libanés Rafiq Hariri y otras 22 personas. Una vez identificada la naturaleza y alcance de la asistencia internacional requerida por el gobierno libanés, el Consejo de Seguridad aprobó por unanimidad el 29 de marzo de 2006, la Resolución 1664 que creó el tribunal internacional.

Esta Resolución preveía establecer «un tribunal de carácter internacional basado en las más altas normas internacionales de justicia penal.» El 15 de noviembre de 2006, Kofi Annan presentó ante el Consejo de Seguridad su propuesta sobre el establecimiento de un tribunal internacional para enjuiciar a los presuntos asesinos del antiguo primer ministro Rafik Hariri.

El 21 de noviembre de 2006, el Consejo de Seguridad aprobó el acuerdo negociado por el Secretario General con el gobierno del Líbano sobre la forma y estructura del Tribunal dando así el visto bueno para su establecimiento.

El 6 de febrero de 2007, las Naciones Unidas y el Líbano firmaron un acuerdo por medio del cual se establecía un tribunal especial. Después de casi cuatro meses de *impasse* en el parlamento libanés para ratificar el acuerdo firmado el 6 de febrero de 2007 entre Beirut y Naciones Unidas, los países occidentales decidieron imponer la creación del Tribunal que llevaba ya un año y medio discutiéndose. De esta forma, el 30 de mayo de 2007, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, actuando según lo establecido en el capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, adoptó la Resolución 1757 autorizando la creación del Tribunal Especial para el Líbano por una votación de 10 a favor y cero en contra con cinco abstenciones, incluyendo las de China y Rusia.

Esta Resolución vinculante preveía la entrada automática en vigor de la Convención, firmada el año anterior entre las Naciones Unidas y Líbano creando un «tribunal especial»,

el 10 de junio de 2007, a menos que las facciones libanesas logaran ratificarla antes de esa fecha. Así, después de una crisis política de cuatro meses y ante la voluntad de la comunidad internacional de poner fin al clima de inestabilidad en el Líbano, el Consejo de Seguridad, impuso el establecimiento del Tribunal Especial.

El Tribunal tiene competencia para conocer de la muerte del entonces primer ministro Rafik Hariri y en otras 21 personas muertas o heridas el 14 de febrero de 2005 y los otros ataques que tuvieron lugar en el Líbano entre el 1 de octubre de 2004 y el 12 de diciembre de 2005, así como cualquier otra fecha decidida por las Naciones Unidas y el Líbano previo consentimiento del Consejo de Seguridad- que el Tribunal considere está conectado con los hechos, de acuerdo con los principios de justicia penal y que sean de una naturaleza y gravedad similares al ataque.

El Tribunal Especial está integrado por cuatro órganos: las Salas, el Fiscal, la Secretaría y la Oficina de Defensa. Las Salas están constituidas por un Juez de Instrucción, una Sala de Primera Instancia (tres magistrados) y una Sala de Apelaciones (cinco magistrados). Una segunda sala puede ser creada, si, después de por lo menos seis meses del comienzo del funcionamiento del Tribunal, el Secretario General o el Presidente del Tribunal Especial así lo requiere.

La Oficina de Defensa de carácter independiente se encarga de los derechos de la defensa, redactar la lista de posibles letrados y proporcionar apoyo y asistencia a los letrados defensores y a las personas que tengan Derecho a recibir asistencia jurídica. De acuerdo con el estatuto, los jueces del Tribunal deben ser personas de «alta consideración moral, imparcialidad e integridad con amplia experiencia judicial».

El Tribunal Especial estará compuesto por once jueces, algunos de ellos libaneses y otros internacionales. Sin embargo, el número total de jueces depende de la creación o no de una segunda sala a solicitud del Secretario General o del Tribunal Especial.⁷⁵

⁷⁵ Los jueces libaneses (normalmente cuatro), serán nombrados por el Secretario General de Naciones Unidas de una lista de doce candidatos presentados por el gobierno libanés a propuesta del Consejo Superior de la Magistratura del Líbano. Los jueces internacionales (normalmente siete), serán nombrados por el Secretario General de Naciones Unidas sobre la base de las candidaturas presentadas por los estados Miembros y por personas «competentes». Los jueces son designados por un periodo de tres años. El Secretario General de Naciones Unidas, previa consulta con el gobierno del Líbano, designa al Fiscal por un periodo de tres años. Un fiscal adjunto libanés es designado por el gobierno del Líbano en consulta con el Secretario General y el Fiscal para prestar asistencia al Fiscal en el cumplimiento de sus funciones. El Secretario General designa a los jueces y al fiscal por recomendación de un panel de selección integrado por dos magistrados que formen parte o hayan formado parte de un tribunal internacional y un representante del Secretario General. Sobre el estudio y funcionamiento de este Tribunal, ver el siguiente enlace :<http://www.stl-tsl.org/>.

A.7. *¿Desintegración del Derecho Internacional?*

Como se observa, existe actualmente una amplia gama de tribunales penales internacionales, los cuales operan de forma independiente y autónoma. Si a lo anterior le sumamos que dentro del sistema internacional no existen jerarquías, ni un órgano centralizado de control, tenemos como consecuencia la existencia del fenómeno de la desintegración del Derecho internacional.

El Juez Guilbert Guillaume de la Corte Internacional de Justicia (ICJ) advirtió en 2001 sobre la posible fragmentación sustancial y procesal del Derecho Internacional. En su discurso ante la Asamblea General de Naciones Unidas concluyó: «[t]he proliferation of international courts may jeopardize the unity of international law and, as a consequence, its role in inter-State relations»⁷⁶ Es decir, el peligro de que el sistema internacional como «orden jurídico»⁷⁷ empiece a resquebrajarse no es de ninguna manera un debate teórico y remoto sobre coherencia en abstracto⁷⁸

Esta fragmentación se ha manifestado por ejemplo en los diferentes criterios seguidos por el TIPY y la Corte Internacional. En el caso *Tadic*,⁷⁹ la Cámara de Apelación del ICTY optó por no aplicar la teoría del «control efectivo» empleado por la CPI en el caso de *Nicaragua*⁸⁰ como criterio legal para establecer en que supuestos puede considerarse que en un conflicto armado agentes militares o paramilitares actúan por parte de un país. En lugar de optar por la «teoría del control efectivo», la Cámara de Apelación optó por una «teoría del control general». El criterio utilizado por la Cámara de Apelación del TPIY es más flexible que aquel utilizado por la CPI.⁸¹

⁷⁶ Discurso de H.E. Juez Guilbert Guillaume, Presidente de la Corte Internacional de Justicia, a la Asamblea General de las Naciones Unidas, 26 Oct 2000, 27 Oct 2000, y 31 Oct 2001 ante el Pleno y la Sexta Comisión. Disponibles en <http://www.icj-cij.org/icjwww/ipresscom/iprstats/htm>.

⁷⁷ HIGGINS, R., «Problems and Process: International Law and How We Use It», Oxford University Press, New York, (1994), pág.1; LAUTERPACHT, HERSCH, The Development of International Law by the International Court, Cambridge University Press, Cambridge, 1996, pág.165 y ss; HIGGINS, ROSALYN, «Policy Considerations and the International Judicial Process» 17 Int'l Comp.L.Q. 1968 págs. 58 y ss; SHAW, M. International Law, Cambridge University Press, (4th ed., 1997), Cambridge, pág. 53; ABISAB, G. «Fragmentation or Unification: Some Concluding Remarks», 31 NYUJ Int'l L. & Pol., 1999 pág. 920.

⁷⁸ KOSKENNIEMI, MARTII & LEINO, PÄIVI, «Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties», 15 Leiden Journal of International Law 578, 2002.

⁷⁹ The Prosecutor v. Dusko Tadic, Judgment, Case, N.º. IT-94-I-A, A.Ch., 15 July 1999.

⁸⁰ Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, I.C.J. Reports, 1986, pág.14, paras. 109-116. La Corte decidió en este caso que debe existir un control efectivo de las operaciones militares o paramilitares sobre las supuestas violaciones [de Derechos humanos o Derecho humanitario] que se están cometiendo, para que un estado (Estados Unidos) fuera responsable.

⁸¹ El «test of effective control», según la CPI, se presenta en cuanto el estado emite instrucciones específicas a los órganos militares o paramilitares en relación con la preparación de algún acto prohibido. De acuerdo al TPIY el «test de overall control» no necesariamente necesita que el estado ordene instrucciones en cuanto a acciones específicas.

Igualmente los dos tribunales también difieren en cuanto al poder que tienen para revisar los actos del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. En el caso de *Lockerbie*, la CPI encontró que Libia y los Estados Unidos estaban obligados a aceptar y a acatar las decisiones del Consejo, y que en virtud del artículo 103 de la Carta de Naciones Unidas esta obligación anula otras obligaciones que las partes tengan.⁸² En pocas palabras, la Corte declinó el revisar la resolución emitida por el Consejo de Seguridad. Por otra parte, la Cámara de Apelación del TPIY en el caso *Tadic* expresamente revisó la legalidad de la resolución del Consejo de Seguridad mediante la cual se creó el tribunal justificación elaborada después de que la defensa cuestionara la legalidad en su constitución.

Sin embargo hablar de fragmentación no implica una connotación del todo negativa. Así para SIMMA BRUNO⁸³ la proliferación de cortes internacionales es una señal muy saludable, ya que refleja un alto nivel de división de trabajo, de especialización, y de técnica, así como de respeto a los fallos de naturaleza jurisdiccional.⁸⁴

Esta evolución ocasiona la creación de mejores normas, que incrementan la eficiencia y proveen un laboratorio al Derecho Internacional que contribuye a su desarrollo progresivo. La multiplicación de tribunales evidencia signos de madurez y crecimiento que se acompaña por la creación de varios nuevos y comprensivos ⁸⁵«regímenes internacionales» ⁸⁶que inducen a los Estado a cumplir regulaciones específicas, ya que éstos representan mejor sus intereses y su posición individual frente a la comunidad internacional.⁸⁷

Tal y como reconoce GUILLAUME⁸⁸, el progreso alcanzado por las instituciones judiciales internacionales durante los últimos diez años le da la bienvenida a los signos de

⁸² Case Concerning Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America), Request for the Indication of Provisional Measures, Order of 14 April 1992, 1992 ICJ Rep. 16, para. 39.

⁸³ SIMMA, BRUNO, «Fragmentation in a Positive Light», 25 Mich. J. Int'l L. 2004, pág. 845.

⁸⁴ En el mismo sentido PAUWELYN, J., «Bridging Fragmentation and Unity: International Law as a Universe of Inter-Connected Islands» pág. 903.

⁸⁵ SIMMA, B. «From Bilateralism to Community Interest in International Law», 250 Res. Des Cours 243, The Hague, (1994); Dupuy, Pierre-Marie, The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice, pag. 792.

⁸⁶ «International regimes are defined as principles, norms, rules and decision-making procedures around which actor expectations converge in a given issue-area.» KRASNER, S. «Structural Causes and Regime Consequences: Regimes as Intervening Variables» Vol. 40, N.º 3, 1986, pág. 599.

⁸⁷ HAFNER, G. «Pros and Cons Ensuing From Fragmentation of International Law,» 25 Mich. J. Int'l L. 849, (2004).

⁸⁸ Discurso de Juez GUILBERT GUILLAUME, Presidente de la Corte Internacional de Justicia, a la Asamblea General de las Naciones Unidas, 26 Oct. 2000, 27 Oct. 2000, y 31 Oct. 2001.

progreso a la paz entre las naciones.⁸⁹ Bajo este punto de vista, la proliferación de cortes y tribunales no es una fuente de antinomias, sino una oportunidad de evolución y desarrollo.⁹⁰

B) La Corte Penal Internacional

Pero la manifestación más importante del principio de justicia universal radica en la Corte Penal Internacional.⁹¹

B.1. Orígenes

Mediante la Resolución 489 (V) de la Asamblea General de 12 de diciembre de 1950 se elaboró el primer proyecto de Estatuto de una CPI. Tras sucesivas dificultades la Asamblea General, a través de la resolución 687 (VII) de 5 de diciembre de 1952, instó a que se constituyese otra comisión y procediese a revisar el proyecto de 1951, pero se decidió suspender el estudio del asunto planteado hasta que no se procediese a establecer una definición jurídica del término agresión, la cual fue efectuada mediante la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de 14 de diciembre de 1974.⁹²

A pesar de haberse definido el término agresión, el estudio de la Corte Penal estuvo de nuevo paralizado más de 25 años. Tras largas e intensas negociaciones,⁹³ el 17 de junio de 1998 la Conferencia de Plenipotenciarios aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal In-

⁸⁹ Nota 75.

⁹⁰ CHARNEY, J « The Impact on the International Legal System of the Growth of International Courts and Tribunals, 31 N.Y.U.J Int'l L. & Pol. 1999, pág. 700. .

⁹¹ ALARCON TERROSO, C.: «El Tribunal Penal Internacional», Revista Canaria de Ciencias Penales, núm. 1, 1999, págs. 46-80.

⁹² Sobre la constitución de la CPI ver, BELTRAN MONTOLIU, A.: La Corte Penal Internacional (Un estudio interdisciplinar), 2003, Tirant lo Blanch. Ver también, BONETO, L. M.: «Corte Penal Internacional», en Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales. Libro Homenaje al profesor Claus Roxin, Córdoba (Argentina), 2001, págs. 683-720; CACERES RUIZ, L.: La Corte penal internacional. El Estatuto de Roma, 2006, Visión Net; CUERDA RIEZU, A. / RUIZ COLOME, M. A.: «Observaciones sobre el Estatuto del Tribunal Penal Internacional», en J. CEREZO MIR / R. F. SUAREZ MONTES / A. BERISTAIN IPIÑA / C. M. ROMEO CASABONA (editores), El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Angel Torío López, Granada, 1999, Edit. Comares, págs. 121-134. También publicado en La Ley, 1999, t. 1, págs. 1716-1722.; CASSESE, A.: The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary Advisory board, 2002, Oxford University Press.

⁹³ GOMEZ GUILLAMON, R. «La creación de la Corte Penal Internacional: Antecedentes», en Revista Española de Derecho Militar, Vol. 75, 2000, págs. 159 a 164; F. PIGNATELLI y MECA. 2007, «La Corte Penal Internacional», en Derecho Internacional Humanitario, Coord. J.L. RODRIGUEZ VILLASANTE y PRIETO, Valencia: Tirant Lo Blanch, pág. 807; N. CABEZUDO RODRIGUEZ. 2002, «La Corte Penal Internacional», en Colección de Estudios Penales, dirigida por Choclan Montalvo, Madrid: Dykinson, pág. 21; cfr. X. MEDELLIN URQUIAGA, J.C. ARJONA ESTEVEZ y J.A. GUEVARA BERMUDEZ. 2009, «Manual básico sobre la Corte Penal Internacional», México D.F.: Konrad-Adenauer-Stiftung, pág. 26.

ternacional (en adelante (CPI), en una conferencia auspiciada por la ONU, por 120 votos a favor, incluyendo a todos los países de la Unión Europea (UE). El Estatuto de la CPI no entraría en vigor hasta que no hubiese 60 Estado que la hubieran ratificado. No obstante, la CPI⁹⁴

⁹⁴ Cronología del proceso de creación de la CPI:

1948. Las Naciones Unidas adoptan el tratado sobre genocidio que proclama internacionalmente como un acto criminal las acciones cometidas con la intención de destruir un grupo nacional, racial, étnico o religioso.

1950. La Comisión de Derecho Internacional (CDI) de la ONU fue encargada de compilar las normas de los procesos de Núremberg y de preparar un proyecto del estatuto para una CPI. Sin embargo, la Guerra Fría trajo consigo el estancamiento de estos progresos.

1974. La Asamblea General acuerda una definición del delito de Agresión.

1981. La Asamblea pide a la CDI retomar la propuesta de crear un Código de crímenes.

1989. En el contexto del fin de la Guerra Fría, Trinidad y Tobago propone nuevamente a la Asamblea General la idea de la Corte. La Asamblea encarga a la CDI la preparación del proyecto. Además, el fin de la Guerra Fría lleva a un dramático incremento del número de operaciones de las Naciones Unidas para mantener la paz y la creación de una Corte Penal Internacional es más viable.

1992. La Guerra Bosnia-Herzegovina, las claras violaciones a la Convención del Genocidio, los Convenios de Ginebra y la creación de un tribunal *ad-hoc* para Bosnia-Herzegovina refuerzan las discusiones sobre una Corte permanente.

1993. El Consejo de Seguridad de la ONU constituye el Tribunal *ad hoc* para juzgar los crímenes de guerra cometidos en el conflicto de la ex-Yugoslavia.

1994. La CDI somete a la Asamblea General un primer proyecto. Sobre el estatuto de la CPI y recomienda que una conferencia de plenipotenciarios sea convocada para negociar un tratado con miras a promulgar el estatuto. El Consejo de Seguridad crea un segundo tribunal *ad hoc* para el caso de Ruanda.

1995. La Asamblea General crea el Comité Preparatorio para completar el texto que deberá adoptarse en una conferencia diplomática.

1996. Luego de dos reuniones de este Comité la Asamblea General convoca a la Conferencia diplomática de plenipotenciarios para 1998.

1997. Tres reuniones del Comité Preparatorio discuten la definición de los crímenes, los principios generales del Derecho penal, temas de procedimiento, la cooperación internacional y las penas a imponerse.

1998. Del 16 de marzo al 3 de abril se reúne la sexta reunión del Comité Preparatorio para finalizar el proyecto y acordar el procedimiento de la Conferencia. Del 15 de Junio al 17 de Julio, con la asistencia de ciento veinte estados a través de sus representantes plenipotenciarios y siendo testigos voceros de diversas ONGs de todo el mundo, la Conferencia de Roma aprobó el Estatuto de la CPI e inició el proceso de ratificación por parte de los estados.

1999. Senegal se convierte en el primer estado parte de ratificar el Estatuto de Roma. La coalición por una Corte Penal Internacional lanza una campaña desde La Haya llamando a la ratificación mundial de la CPI.

1999-2001. La Asamblea General de Naciones Unidas convoca a una serie de reuniones del Comité Preparatorio para elaborar los proyectos de texto sobre las reglas de procedimiento y prueba y los elementos del crimen. La quinta sesión de la comisión preparatoria finalizó las reglas de procedimiento, prueba y elementos del crimen.

Abril 11 de 2002. Sesenta países ratifican el Tratado de Roma que contempla la creación de la Corte Penal Internacional, requisito mínimo para que este tribunal internacional pueda entrar en funcionamiento. La Corte Penal Internacional se caracteriza, según el Estatuto que la creó, por ser una institución de carácter permanente, subsidiaria de las jurisdicciones penales nacionales, dotada de personalidad jurídica internacional y vinculada a Naciones Unidas.

tuvo que esperar hasta el 1 de julio de 2002 para entrar en vigor, una vez que su Estatuto fue aprobado por 139 países y ratificado por 76 de ellos. A fecha de hoy, se encuentra ratificado por 121 países⁹⁵.

Siete países votaron en contra (EEUU, Rusia, China, India, Cuba, Irak e Israel) y 21 se abstuvieron. El objetivo que se persigue con el Estatuto de Roma es la creación de la CPI, como instancia judicial independiente, aunque vinculada con la ONU, con carácter permanente y alcance potencialmente universal, que será competente para enjuiciar los crímenes de mayor trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto.

B.2) Naturaleza jurídica

A diferencia de los cuatro tribunales internacionales *ad hoc* que se han establecido hasta la fecha, la CPI es una institución permanente⁹⁶. Esta vocación de permanencia presenta ventajas evidentes e a diferencia de los tribunales *ad hoc*, cuya creación responde a una decisión política del Consejo de Seguridad la CPI no está sujeta a mandato alguno.

Sin embargo, la Corte tiene una naturaleza jurídica complementaria y se halla sujeta al principio de subsidiariedad tal y como indica el artículo 1 del Estatuto al señalar que «la Corte será complementaria a las jurisdicciones penales nacionales».

Este hecho la diferencia de los tribunales internacionales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda que, aunque no niegan la competencia de otros tribunales nacionales, tienen pre-

⁹⁵ A destacar la posición beligerantemente en contra de EEUU. En palabras del senador Jesse Helms, en su intervención en el Senado estadounidense el 31 de julio de 1998, pocos días después de la creación de la CPI: «rechazar el Estatuto de Roma no es suficiente. Los EEUU tienen que combatirlo (...) La CPI es de hecho un monstruo y tenemos la responsabilidad de descuartizarlo antes de que crezca y acabe devorándonos» (<http://www.derechos.org/nizkor/impu/tpi/helms.html>). El presidente Bill Clinton en un principio se negó a firmar el Estatuto de Roma, pero poco antes de abandonar la Casa Blanca decidió firmarlo. Posteriormente, el presidente George W. Bush anunciaba que EEUU se retiraba oficialmente de la CPI. En agosto de 2001 daba un paso más y remitía al Congreso el proyecto de Ley de Protección de los Miembros del Servicio Americano (*American Service members Protection Act*), en virtud de la cual se prohíbe taxativamente a cualquier autoridad de los EEUU cooperar con la CPI. Finalmente, en un afán por lograr una inmunidad total de su personal en el exterior, EEUU ha suscrito acuerdos bilaterales de inmunidad (*Bilateral Immunity Agreements*) con decenas de países que son estados Parte de la CPI, por los cuales éstos se comprometen (a cambio de un trato preferencial en distintos campos) a que en ningún caso denunciarán ante la CPI a nacionales estadounidenses que se hallen en sus respectivos territorios aunque fueran responsables de los delitos competencia de la CPI, en base en el art. 98 del Estatuto de Roma (de ahí que se les denomine también acuerdos del art. 98).

⁹⁶ ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R.: «El establecimiento convencional de la Corte Penal Internacional: grandeza y servidumbres», CARRILLO SALCEDO, J. A., *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*, Madrid, 2000, Consejo General del Poder Judicial, págs. 157-194.

ferencia sobre las jurisdicciones de todos los demás Estado (art. 9 del Estatuto del Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia y art. 8 del Estatuto del Tribunal Internacional Penal para Ruanda.

Ahora bien, aunque su creación nace con vocación de « principio de responsabilidad penal universal y absoluto », al descartarse la inviolabilidad o inmunidad⁹⁷ como causa de exclusión de responsabilidad penal.⁹⁸, la CPI tiene una serie de limitaciones que derivan de su propio Estatuto,⁹⁹ relativas a consideraciones de oportunidad política.

En primer lugar, las distintas vías para activar la investigación de los asuntos por parte de la CPI¹⁰⁰ en una u otra medida, están condicionadas a este tipo de consideraciones. Pero además existe la posibilidad de suspensión de los procedimientos por períodos de doce meses a instancia del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, de acuerdo con el artículo 16,¹⁰¹ la posibilidad de declarar la inadmisibilidad de un asunto cuando «no sea de gravedad suficiente para justificar la adopción de otras medidas por la Corte»¹⁰² o la posibilidad de que el fiscal renuncie a iniciar una investigación si aprecia la existencia de «razones sustanciales para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia».¹⁰³

Por otro lado, en el párrafo 9º del preámbulo del Estatuto¹⁰⁴ establece un límite respecto al enjuiciamiento, al referirse a «los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto (...)». De lo expuesto se deduce que la Corte Penal Internacional sólo conocerá de crímenes internacionales más graves que afecten de manera trascendente a la comunidad internacional, por lo que deberán amenazar la paz y seguridad internacional, sin perjuicio de que afecten a otros bienes protegidos. En el supuesto de que tales crímenes no alcancen tal gravedad serán los tribunales nacionales los que conozcan de los mismos.¹⁰⁵

⁹⁷ Sobre la inmunidad, AMBOS, K. «Impunidad, Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional». Nueva Sociedad (Venezuela, Fundación Friedrich Ebert). Venezuela (1999).

⁹⁸ ESCOBAR HERNANDEZ, C. «El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional», en Hacia una Justicia Internacional, Jornadas de estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del estado, Ministerio de Justicia, 2000, Madrid, págs. 508 y 509.

⁹⁹ ANDRES DOMINGUEZ, A.C. «Derecho penal internacional», Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006, págs. 130 a 135, quién opina que el referido Estatuto vulnera el principio *nulla poena sine lege* y en cierta forma el principio *nullum crimen sine lege*, a la vista de lo establecido en el art. 22.3 del ECPI

¹⁰⁰ Véase el artículo 13 del ECPI.

¹⁰¹ Véase el artículo 16 del ECPI.

¹⁰² Véase el artículo 17.1.d del ECPI.

¹⁰³ Véase el artículo 53.1.c del ECPI.

¹⁰⁴ Revista Punto de Vista, número 13.» El Nacimiento de la Corte Penal Internacional». Publicado por la Fundación Carlos Pi I Sunyer de Estudios Autonómicos i Locales. Barcelona (2002).

¹⁰⁵ ESER, A. «Hacia un Derecho penal mundial», Estudios de Derecho penal y criminología, Granada: Comares, 2009, pág. 52.

B.3. Estructura y Composición

Con arreglo al artículo 34 del Estatuto, la Corte se compone¹⁰⁶ de cuatro órganos: dos judiciales –la Presidencia y las Salas– y dos no judiciales –la Oficina del Fiscal y el Registro–. La Corte «*strictu sensu*» estará compuesta por un número de 18 jueces elegidos por la Asamblea de los Estados Partes por un período improrrogable de nueve años (arts. 36.1, 36.6 y 36.9). La Asamblea de los Estados parte, a propuesta de la presidencia del Tribunal, puede aumentar el número de jueces si se considera necesario y apropiado (art. 36.2). De entre estos magistrados, se designará una presidencia compuesta por un presidente y dos vicepresidentes, elegidos todos ellos por los jueces que componen la Corte, siendo elegidos por un período de tres años y reelegibles por otros tres más.

Los candidatos a jueces deberán ser personas de gran autoridad moral, imparcialidad e integridad y poseer las cualificaciones necesarias en sus respectivos Estados para el ejercicio de las más altas funciones judiciales. Asimismo, deberán ser expertos en Derecho penal y procesal o en áreas relevantes de Derecho internacional tales como el Derecho humanitario o la protección internacional de los Derechos Humanos (art. 36.3).

Al elegir los jueces, los Estados tendrán en cuenta la necesidad de que se dé una representación de los principales sistemas jurídicos del mundo, una representación geográfica equitativa y una representación equilibrada de hombres y mujeres, así como la necesidad de contar con jueces especializados en temas concretos que incluyan, entre otros, la violencia contra las mujeres y los niños (art. 36.8).¹⁰⁷

Estos dos últimos requisitos constituyen importantes e interesantes novedades, pues supone la primera vez que se tiene en cuenta la perspectiva de género en la configuración de órganos internacionales.

Para el ejercicio de sus funciones, la Corte se estructura en tres Salas:

a) Una Sala de Cuestiones Preliminares compuesta por no menos de seis jueces.

Entre sus funciones destacan las de autorizar o denegar el inicio de las inves-

¹⁰⁶ RODRIGUEZ CARRION, A.J.: «Aspectos procesales más relevantes presentes en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales: condiciones para el ejercicio de la jurisdicción, relación con las jurisdicciones nacionales», en ESCOBAR HERNANDEZ, C. (Editora): Creación de una jurisdicción penal internacional, Madrid, 2000, Escuela Diplomática –Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y de Relaciones Internacionales– Boletín Oficial del estado, págs. 167-190. Ver también RODRIGUEZ CARRION, A.J.: «Una evaluación no necesariamente crítica del Estatuto de la Corte Penal Internacional», en J. A. CARRILLO SALCEDO (Coordinador), La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional, Madrid, 2000, Consejo General del Poder Judicial, págs. 481-504. Véase el artículo 34.

¹⁰⁷ Ver artículo 36.8. Estatuto de Roma.

tigaciones, dictar órdenes de prisión provisional y confirmar los cargos de los acusados antes del juicio.

- b) Una Sala de Primera Instancia, compuesta por no menos de seis jueces y encargada de enjuiciar a los presuntos criminales.
- c) Una Sala de Apelaciones, compuesta por el presidente de la Corte y otros cuatro jueces, encargada de resolver los recursos interpuestos contra las decisiones de la Sala de Cuestiones Preliminares y las sentencias de la Sala de Primera Instancia.

Junto a los magistrados, se configura como un órgano independiente de la Corte la Oficina del Fiscal, que será la encargada de recibir denuncias e informaciones sobre crímenes, de examinarlos y de llevar las investigaciones ante la Corte. La oficina estará liderada por un fiscal, quien contará con la asistencia de uno o más tenientes fiscales (arts. 42.1 y 42.2). Tanto el o la fiscal como los tenientes fiscales serán elegidos por la Asamblea de los Estados Partes entre personas de alta autoridad moral, elevada competencia y una gran experiencia práctica en la persecución o enjuiciamiento de casos penales. Salvo que se decida establecer un período más corto en el momento de su elección, ejercerán sus funciones por un período de nueve años y no podrán ser reelegidos (arts. 42.3 y 42.4).

El Registro será el órgano encargado de los asuntos no judiciales de la Corte, sin perjuicio de las funciones de la Oficina del Fiscal. En nuestra opinión, lo más relevante de este órgano es que contará en su seno con una Dependencia de Víctimas y Testigos (art. 43) responsable de adoptar medidas de protección y dispositivos de seguridad y prestar asesoramiento y otro tipo de asistencia a testigos y víctimas que comparezcan ante el Tribunal y a otras personas que estén en peligro en razón del testimonio prestado.

B.4. Jurisdicción

La Corte sólo tiene jurisdicción respecto a los crímenes cometidos con posterioridad a la entrada en vigor del Estatuto o con posterioridad a la fecha en que el Estatuto entra en vigor para un Estado (arts. 11 y 24.1) y como regla general, para juzgar los crímenes cometidos en el territorio de un Estado Parte y los cometidos en cualquier lugar por nacionales de un Estado Parte (art. 12.2). Sin embargo, existe la posibilidad de que la Corte pueda juzgar crímenes cometidos en el territorio de Estados que no son parte de su Estatuto o por nacionales del Estado en cuestión en dos supuestos previstos en el artículo 14:¹⁰⁸

¹⁰⁸ Ver artículo 14. Sobre la jurisdicción de la CPI, AMBOS, K /GUERRERO, OJ.» El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional «Bogotá, Universidad Externado de Colombia», 1999, pág. 512. ISBN: 958-616-421-7.

- a) Cuando los presuntos crímenes son sometidos a la fiscalía por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, esto es, cuando califica una situación como una agresión, una amenaza a la paz y la seguridad internacionales o un quebrantamiento de la paz y la seguridad internacionales.
- b) Cuando el Estado afectado, mediante una declaración *ad hoc*, acepta la jurisdicción de la Corte respecto a presuntos crímenes cometidos en su territorio o por nacionales suyos.

Con relación a las personas que pueden ser enjuiciadas por la Corte, éstas deben cumplir los siguientes requisitos:

- a) Ser persona física (art. 25). En consecuencia, las personas jurídicas no pueden ser juzgadas por la Corte.
- b) Ser mayor de 18 años (art. 26).
- c) No haber sido juzgado anteriormente por el mismo delito (*non bis in ídem*), salvo que el juicio en cuestión tuviera la finalidad de proteger a la persona de responsabilidad criminal por crímenes sometidos a la jurisdicción de la Corte o que el juicio no se hubiera desarrollado de forma independiente e imparcial con arreglo a las normas del Derecho internacional (art. 20).¹⁰⁹

Por otra parte, el Estatuto se aplica a toda persona con independencia de su cargo. En particular, la inmunidad bajo el Derecho nacional o internacional de los jefes de Estado o de Gobierno, miembros de un Gobierno o Parlamento no impedirán a la Corte ejercer su jurisdicción (art. 27).

En lo relativo al cargo de los presuntos criminales, el Estatuto regula la responsabilidad penal de los jefes, distinguiendo entre superiores militares y civiles. Para los primeros, establece su responsabilidad penal cuando se den estas dos condiciones:

- a) Haber sabido o, en razón de las circunstancias, haber debido saber que sus fuerzas estaban cometiendo o pretendían cometer crímenes.
- b) No haber adoptado medidas razonables para prevenirlos o reprimirlos o para poner el asunto a disposición de las autoridades para su investigación (art. 28.1).

¹⁰⁹ Ver artículo 20. Estatuto de Roma

Para los superiores civiles, en cambio, su responsabilidad penal es más estricta, debiendo darse estos tres requisitos:

- a) Tener autoridad y control efectivo sobre las personas y las actividades que constituyen crímenes.
- b) Haber tenido conocimiento o haber hecho deliberadamente caso omiso de información que indicase claramente que sus subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos.
- c) No haber adoptado medidas razonables para prevenirlos o reprimirlos o para poner el asunto a disposición de las autoridades para su investigación (art. 28.2).

Al ratificar el Estatuto, los Estados aceptan ipso facto la jurisdicción de la Corte sobre todos los crímenes previstos en el mismo (art. 12.1), sin que los Estados puedan introducir reserva alguna o declarar que sólo aceptan la jurisdicción de la Corte respecto a determinados crímenes.

A modo de concusión y tras este breve análisis de la CPI, podemos afirmar que a diferencia de los tribunales penales internacionales creados hasta la fecha, que lo han sido como hemos visto, para situaciones concretas y con carácter temporal, la constitución de una jurisdicción penal internacional nace con vocación de generalidad y permanencia, lo que supuso un paso decisivo en el desarrollo del orden internacional.

Ello conllevó e impulsó un proceso de homogeneización¹¹⁰ de las leyes nacionales en cuanto a la tipificación del genocidio, los crímenes de guerra y contra la humanidad, a la ampliación de las competencias de las jurisdicciones nacionales para conocer de esos crímenes y, también, en cuanto a la persecución efectiva de los citados crímenes por parte de los tribunales nacionales, no solamente en virtud de los principios de territorialidad y de personalidad activa o pasiva, sino también en virtud del principio de la jurisdicción universal.

Sin embargo, a mi juicio la actuación de la CPI presenta grandes limitaciones en su actuación, ya que por un lado y en sentido negativo está subordinada a que los hechos enjuiciados tengan gravedad suficiente¹¹¹ (pues en caso contrario serán los Estados Parte los que

¹¹⁰ La aprobación de los principios recogidos en Nüremberg se produce mediante la Resolución 177 (II) de la AGNU, si bien es cierto que la confirmación de los referidos principios se llevó a cabo a través de la Resolución 95 (I) de dicha Asamblea General.

¹¹¹ Para un estudio en profundidad de la estructura y funcionamiento de la CPI, ver RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L.: « Aspectos penales del Estatuto de la Corte Penal Internacional », en ESCOBAR HERNANDEZ, C. (Editora): Creación de una jurisdicción penal internacional, Madrid, 2000, Escuela Di-

deberán juzgarlos, siendo la jurisdicción universal un mecanismo apropiado para ello) y por otro, los propios Estados pueden excluir la competencia de la Corte sobre los crímenes de guerra cometidos en su territorio o por sus ciudadanos durante un período no renovable de siete años después de la entrada en vigor del Estatuto con respecto al Estado en cuestión (art. 124), con lo que el papel de la Corte puede quedar desvirtuada.

Del mismo modo y vista que su jurisdicción se extiende sobre hechos cometidos por nacionales de los Estados miembros con la excepciones anteriormente analizadas en el artículo 14, y aun valorando muy positivamente estas cláusulas, creemos que no hay que dejarse llevar por un exceso de optimismo pues, por un lado, no es realista pensar que Estados que no son parte en el Estatuto de la CPI acepten su jurisdicción y, por otro lado, la posibilidad de que el Consejo de Seguridad someta casos a la Fiscalía está limitada a casos de extrema gravedad y en los que no estén involucrados directamente alguno de los cinco miembros permanentes con Derecho de veto.

GIL Y GIL critica los nuevos instrumentos de implementación del Estatuto de la CPI en España. Estos se refieren a una reforma del Código Penal ¹¹² y al establecimiento de la ley de cooperación con la CPI.¹¹³ Respecto de la primera iniciativa legal la principal objeción fue la regulación de los crímenes de guerra ya que, por un lado, contemplaba penas inferiores a los crímenes contra la humanidad, lo que no estaba acorde con la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* de la ONU y, por otro lado, la técnica de ley penal en blanco aplicada en estos tiempos mermaba tanto la seguridad jurídica como el efecto motivador de la amenaza penal que ella supone.

Además, criticó la omisión de una modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial a fin de incluir los crímenes contra la humanidad bajo el principio de justicia universal, como lo estaría exigiendo la doctrina. A su vez, la segunda iniciativa legal de cooperación con la CPI también limitaba excesivamente el principio de justicia universal, más allá de lo que ya se hacía contra *legem* mediante la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el caso Gua-

plomática -Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y de Relaciones Internacionales- Boletín Oficial del estado, págs. 133-162.; RUEDA FERNANDEZ, C.: «Los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional: ¿por fin la esperada definición?», en J. A. CARRILLO SALCEDO (Coordinador), *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*, Madrid, 2000, Consejo General del Poder Judicial, págs. 301-324. LIROLA DELGADO, I.: «La competencia material de la Corte Penal Internacional. La relación con el proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad», en ESCOBAR HERNANDEZ, C. (Editora), Madrid, 2000, Escuela Diplomática - Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y de Relaciones Internacionales - Boletín Oficial del estado, págs. 45-62.

¹¹² Ley orgánica 15/2003, del 25 de noviembre de 2003.

¹¹³ Ley orgánica 18/2003, del 10 de diciembre de 2003.

temala¹¹⁴ ya que, en combinación con esa jurisprudencia, ni siquiera serían perseguibles hechos acaecidos en el extranjero cuando se tratase de víctimas españolas, de cumplirse los supuestos del artículo 7.2 de la citada ley, que hace referencia a hechos extraterritoriales que caerían bajo la competencia de la CPI.¹¹⁵

Según la autora, el principio de justicia universal solo quedaría reducido a casos que no son de competencia de la CPI, por ejemplo, casos anteriores a la entrada en vigor del Estatuto o hechos ocurridos en territorio de países que no hubieran suscrito el Estatuto y cometidos por nacionales de tales países y que, a su vez, no hayan prestado su consentimiento para la persecución por la CPI. Finalmente sostiene que sería difícil ver en el establecimiento de estas normas un incumplimiento concreto del Estatuto de la CPI toda vez que no existiría un deber de perseguir delitos internacionales bajo el principio de justicia universal, salvo en los supuestos de las convenciones de Ginebra.¹¹⁶

1.3. LOS DERECHOS HUMANOS COMO VALORES SUPRANACIONALES: LA DIGNIDAD HUMANA COMO BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS INTERNACIONALES

1.3.1. INTRODUCCION

Una de las primeras referencias¹¹⁷ generales a la competencia para ampliar el ejercicio del poder soberano fuera de sus límites territoriales sobre hechos ilícitos se encuentra

¹¹⁴ Sentencia n.º 327/2003 del Tribunal Supremo, del 25 de febrero de 2003, Sala de lo Penal, ponente Miguel Colmenero de Lúcar, que se puede consultar en <www.poderjudicial.es/tribunalsupremo>. En este fallo ya se limita el citado principio al exigirse como conexión legitimadora la existencia de un interés nacional comprometido.

¹¹⁵ Véase en tal sentido el artículo 7.2 de la Ley de Cooperación, que describe las circunstancias bajo las cuales se relega el conocimiento de hechos acaecidos en el extranjero a la competencia de la CPI.

¹¹⁶ GIL GIL A» Temas actuales del derecho penal internacional contribuciones de América latina, Alemania y España <www.kas.de/wf/doc/kas_6060-1522-4-30.pdf?060518184914>.

¹¹⁷ Es común la consideración de dos fuentes de inspiración para la jurisdicción universal, una de carácter más técnico, que parte de la preocupación por la eficacia extraterritorial de las normas del Derecho nacional, y otra que parte de un enfoque centrado en la formulación de respuestas jurídicas a problemas internacionales o a intereses supraestatales. En esta línea, por ejemplo, Bassiouni diferencia dos posiciones en la fundamentación de la jurisdicción universal: una que denomina «normative universalist» y otra «pragmatic policy-oriented»; M. Cherif Bassiouni, «The History of Universal Jurisdiction and Its Place in International Law», en S. Macedo, (ed.), *Universal jurisdiction: national courts and the prosecution of serious crimes under international law*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2004, pág 42 y ss ; FERRER LLORET, J«El principio de jurisdicción universal: su aplicación en España», en Juan Soroeta Liceras, (ed.), *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. IV, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2004, págs 107- 170; OLLE SESE, M»Justicia universal para crímenes internacionales,» Madrid, La Ley, 2008.

en el estudio del jurista holandés Hugo Grotius (1583-1645), quien ante el predominio del *ius naturale*¹¹⁸ en la Edad Media formuló en el año 1625: «Debe también reconocerse que los reyes, y cualquier otro con derechos similares a éstos, pueden exigir que un castigo sea impuesto no sólo por los males perpetrados contra ellos o contra sus asuntos, sino también en contra de todos los males que no se dirijan específicamente contra ellos, pero que violan de forma extrema a cualquier persona, al Derecho natural o al Derecho de las Naciones.¹¹⁹»

Sin la base de unos principios generales y su trascendencia internacional subsiguiente, no podíamos hablar de un ámbito normativo distinto y superior a nivel internacional más que el que resultase de la mera yuxtaposición de los ordenamientos jurídicos de los diferentes Estados, y por tanto aún no podría existir realmente una jurisdicción autónoma del estricto poder de cada uno de ellos desde la perspectiva dominante de los principios de libertad e igualdad soberana.

La integración de los principios generales del Derecho internacional viene encuadrada, por un lado, en principios inspiradores de las relaciones internacionales, reconocidas expresamente y de forma primordial, aunque no de manera exclusiva, en la Carta de las Naciones Unidas y en los Tratados internacionales y, por otro, en los Derechos Humanos de carácter universal, sustentados precisamente en la conciencia de un acervo jurídico común supranacional.

La preocupación internacional por lo que hoy llamamos Derechos humanos,¹²⁰ en el sentido de los Derechos fundamentales e inalienables esenciales para el ser humano, no es nada nuevo. La escuela española a principios del Derecho internacional (es decir, Vitoria y

¹¹⁸ Sobre el *iusnaturalismo* en el Derecho internacional Público cf. AGO (1957), *op. cit.* nota 94, 861 y ss., como también la breve introducción por ESPOSITO (1999), *op. cit.* nota 76, págs. 5 y ss.

¹¹⁹ Texto original: *sciendum quoque est reges, et qui par regibus jus obtinent, jus habere poenas poscendi non tantum ob injurias in se aut subditos suos commissas, sed et ob eas quae ipsos peculiariter non tanguunt, sed in quibusvis personis jus naturae aut gentium immaniter violant* –GROTIUS, Hugo (1625), *de iure belli ac pacis, libri tres*– in quibus *ius naturae et gentium, item iuris publici praecipua* explicantur, Leyde: Sijthoff (reimpresión de la primera edición comparativa de 1919 con las ediciones de 1632, 1642, 1646, bajo la dirección de P.C. Molhuysen), 394. Cf. sobre la evolución de esta idea el trabajo del Juez de la Corte de Justicia Internacional GUILLAUME, Gilbert (1992), *La Compétence Universelle –Formes Anciennes et Nouvelles*, en *Gazette du Palais, Mélanges offerts à Georges Levasseur– Droit Pénale, Droit Européen*, Paris: Litec, 23 et seq.

¹²⁰ PROVOST R, «Reciprocidad en Humanos Derechos y Derecho Internacional Humanitario2, BYIL 65 (1994), 383 y ss. Ver también BASSIOUNI, CH.: «La función sancionadora del Derecho Penal Internacional en los procesos de protección internacional de los derechos humanos: Un continuo de dos disciplinas», en *Reformas Penales en el Mundo de hoy, Cursos de Verano 1983 del Instituto Vasco de Criminología de la Universidad del País Vasco, San Sebastián, Madrid, 1984, Colección de Criminología y Derecho penal dirigido por Manuel Cobo del Rosal, traducido por Carlos Fernández de Casadevante Romaní, págs. 225-253.*

Suárez) estuvo muy involucrado en la discusión sobre los derechos que deben darse a cada ser humano en cualquier circunstancia, con especial referencia al tratamiento de los habitantes originarios de América por los colonizadores españoles.

Durante los tratados del siglo XIX se intentó proteger a las personas contra las diversas formas de injusticia, como los Tratados de Paz de 1919, que prevé garantías de tratamiento para los habitantes de territorios bajo mandato y con seguridad a las minorías nacionales en Europa Central y del Este. Sin embargo, hasta 1945 la acción internacional tendió a concentrarse en remediar los abusos de particulares o en la protección de determinados grupos minoritarios ya que, la relación entre los Estados y sus propios nacionales era considerada como un asunto interno de cada Estado.

El concepto de derechos humanos¹²¹ ha sido objeto de cambio y expansión, pero es importante para retener la esencia del concepto, partir de la base de que cada individuo tiene ciertos derechos inalienables y legalmente exigibles contra la injerencia del Estado y el abuso de poder de los gobiernos.

MALANZUCK, distingue entre los derechos civiles en el sentido de las libertades individuales de interferencia del Estado («primera generación»),¹²² por una parte, y los derechos sociales en el sentido del Derecho a reclamar las prestaciones sociales del Estado, como el Derecho al trabajo o el Derecho a la educación («segunda generación»). En los últimos años, señala este autor se puede hablar de una «tercera generación» de derechos humanos, que debe comprender, por ejemplo, el derecho a la paz, el derecho a la libre determinación, el patrimonio común de la humanidad principio, el derecho al desarrollo, minoría derechos y el derecho a un ambiente limpio medio ambiente.

Podemos afirmar que el desarrollo de los derechos humanos a nivel internacional es uno de las innovaciones más sorprendentes en el Derecho internacional moderno. Sin embargo, una mirada más cercana pone de manifiesto un problema a la hora de calificarlos, ya que muchos de

¹²¹ Sobre la definición de derechos humanos, véanse las definiciones dadas por SAINZ-CANTERO CAPARRROS, J.E.: «Algunas consideraciones sobre la internacionalización del Derecho penal», Estudios de Derecho Penal y Criminología. En homenaje al profesor José María Rodríguez Devesa, t. II, Madrid, 1989, Universidad Nacional de Educación a Distancia; SANCINETTI, M.A.: El Derecho penal en la protección de los derechos humanos la protección de los derechos humanos mediante el Derecho penal en las transiciones democráticas, Argentina, 1999, Hammurabi. BUENO ARUS, F.: «El Tribunal Penal Internacional», en Consolidación de derechos y garantías: los grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI. Seminario conmemorativo del 50 Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Madrid, 1999, Consejo General del Poder Judicial; QUEL LOPEZ, J. / BOLLO AROCENA M.D.: «La Corte Penal Internacional: ¿un instrumento contra la impunidad?», en BLANC ALTEMIR (editor), La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal, Madrid, 2001, Edit. Tecnos,

¹²² MALANZUCK, P. «Akehurt's Modern Introduction International Law el capítulo 19 infra, pág. 326 y ss.

los compromisos asumidos por los Estados se expresan con un lenguaje vago que no se sabe si se enuncian obligaciones legales o simples aspiraciones morales. Por ello la protección de los derechos civiles del individuo contra las interferencias del Estado sigue siendo hoy en día una tarea importante y es en esta área donde el Derecho internacional ha hecho mayores progresos. Es sobre estos derechos sobre los que el Derecho penal internacional se concentrará.

La preocupación internacional por lo que hoy llamamos derechos humanos,¹²³ en el sentido de los derechos fundamentales e inalienables esenciales para el ser humano, no es nada nuevo. La escuela española a principios del Derecho internacional (es decir, Vitoria y Suárez) estuvo muy involucrado en la discusión sobre los derechos que deben darse a cada ser humano en cualquier circunstancia, con especial referencia al tratamiento de los habitantes originarios de América por los colonizadores españoles.

Durante los tratados del Siglo XIX se intentó proteger a las personas contra las diversas formas de injusticia, como los tratados de paz de 1919, que prevé garantías de tratamiento para los habitantes de territorios bajo mandato y con seguridad a las minorías nacionales en Europa Central y del Este. Sin embargo, hasta 1945 la acción internacional tendió a concentrarse en remediar los abusos de particulares o en la protección de determinados grupos minoritarios ya que, la relación entre los Estados y sus propios nacionales era considerado como un asunto interno de cada Estado.

El concepto de derechos humanos ha sido objeto de cambio y expansión, pero es importante para retener la esencia del concepto, partir de la base de que cada individuo tiene ciertos derechos inalienables y legalmente exigibles contra la injerencia del Estado y el abuso de poder de los gobiernos.

El desarrollo de los derechos humanos a nivel internacional es uno de las innovaciones más sorprendentes en el Derecho internacional moderno. Sin embargo, una mirada más cercana pone de manifiesto un problema de la clasificación, en este contexto, ya que muchos de los compromisos asumidos por los Estados se expresan con un lenguaje vago que no se sabe si se enuncian obligaciones legales o simples aspiraciones morales.

La protección de los derechos civiles del individuo contra las interferencias del Estado sigue siendo una tarea importante en la actualidad y es en esta área donde se centra el Derecho internacional a día de hoy. Entre los objetivos de las Naciones Unidas en su Carta se incluye la promoción y el estímulo por el respeto de los derechos humanos y así:

¹²³ PROVOST R, «Reciprocidad en Humanos Derechos y Derecho Internacional Humanitario», BYIL 65, 1994, pág. 383 y ss.

El artículo 55 de la Carta de las Naciones Unidas establece que los Estados promoverán... el respeto universal y efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma, o religión»

En el artículo 56, « todos los Miembros se comprometen a tomar conjunta y separadamente, en cooperación con la Organización para el logro de los fines establecidos en el artículo 55.

Aunque el uso de la palabra «compromiso « (s'engagent ‘ en el texto francés) parece implicar una obligación legal, lo cierto es que los artículos 55 y 56 de la Carta, lo que proporcionan son beneficios y derechos a los particulares, pero no pueden ser impuestos coactivamente ya que no hay ningún mecanismo de ejecución previsto para su imposición y obligado cumplimiento.

1.3.2. LA CODIFICACION DE LOS DERECHOS HUMANOS. LA DECLARACION UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS Y LOS PACTOS DE 1966

La Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada hace casi 60 años, (en adelante DUDH) supone el primer reconocimiento universal de que los derechos básicos y las libertades fundamentales son inherentes a todos los seres humanos, inalienables y aplicables en igual medida a todas las personas, y que todos y cada uno de nosotros hemos nacido libres y con igualdad de dignidad y de derechos, independientemente de nuestra nacionalidad, lugar de residencia, género, origen nacional o étnico, color de piel, religión, idioma o cualquier otra condición.

Es una resolución que fue aprobada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948, por cuarenta y ocho votos a favor, con ocho abstenciones (los países comunistas, además de Arabia Saudita y Sudáfrica)¹²⁴ hace casi sesenta años, ha inspirado un valioso conjunto de normas y tratados internacionales mediante la promoción de estos derechos en todo el mundo.

¹²⁴ En su preámbulo, se recogen los principios esenciales de la misma.

«Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana;

Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias;

Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión;

Considerando también esencial promover el desarrollo de relaciones amistosas entre las naciones;

Podemos afirmar que sus disposiciones¹²⁵ se dividen en dos categorías principales:

En primer lugar, hay disposiciones que enuncian lo que posteriormente han llegado a ser conocido como los derechos civiles y políticos. Así, se prohíben la esclavitud, inhumanos tratamiento, la detención arbitraria y la interferencia arbitraria en la vida privada, así como a la discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión.

Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad;

Considerando que los estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre, y

Considerando que una concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso;

LA ASAMBLEA GENERAL proclama la presente DECLARACION UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.»

¹²⁵ En cuanto a su estructura, los derechos quedan enunciados en los artículos del 3 al 27, y pueden clasificarse: Los artículos del 3 al 11 recogen derechos de carácter personal;

«Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre, la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas. Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad[...]

Los artículos 12 a 17 recogen derechos del individuo en relación con la comunidad; «Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente.»

Los artículos 18 a 21 recogen derechos de pensamiento, de conciencia, de religión y libertades políticas:

«Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de Creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.»

«Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.»

Y los artículos 22 a 27 derechos económicos, sociales y culturales. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud, el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica [...] Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria [...]

Los Artículos del 28 al 30 recogen las condiciones y límites con que estos derechos deben ejercerse. Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos.

En segundo lugar la Declaración Universal de Derechos Humanos, obliga a respetar la soberanía, la integridad territorial y la jurisdicción de los Estados, promueve el respeto universal y la observancia de todos los derechos humanos, en el reconocimiento de que, en el marco de los propósitos y principios de la Carta, la promoción y protección de todos los derechos humanos es una preocupación legítima de la comunidad internacional.

Reconoce que todos los derechos humanos –civiles, culturales, económicos, políticos y sociales– son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí, es un principio máximo al igual que la importancia de las particularidades nacionales y regionales, los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos.

Y concluye afirmando que «es el deber de los Estados, con independencia de sus sistemas políticos, económicos y culturales, promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales».

Aunque no es un documento obligatorio o vinculante para los Estados (aunque en algunos ha adquirido rango constitucional¹²⁶), sirvió como base para la creación de las dos convenciones internacionales de la ONU, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, pactos que fueron adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

Efectivamente, después de doce años de debate, se completa la redacción de dos tratados diseñados para transformar los principios de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en disposiciones de la ley: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Derechos Humanos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.¹²⁷

¹²⁶ La Constitución Argentina establece en su artículo 75, inciso 22:

«Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; (...) en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional».

También la Constitución Española de 1978 reconoce la Declaración en su artículo 10.2:

«Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las materias ratificados por España».

¹²⁷ VIERDAG E.W. «Algunas observaciones sobre los Tratados de Derechos Humanos», NYIL 25 (1994), pág. 119. JONATHAN G.C. «Derechos Humanos Pactos», EPIL II (1995), pág. 915.

Ambos Pactos entraron en vigor en 1976. El 31 de julio de 1996, 134 Estados eran Partes en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.¹²⁸

1.3.3. LA DIGNIDAD HUMANA COMO BIEN JURIDICO PROTEGIDO ULTERIOR

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, en su preámbulo afirma que «el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la sociedad humana [...] constituye el fundamento de la libertad, la justicia y la paz mundial, en el reconocimiento que esos derechos derivan de la dignidad inherente a los hombres»

WOLFGANG SARLET, sostiene que la dignidad de la persona humana es una cualidad intrínseca y distintiva reconocida a todo individuo que lo hace merecedor del mismo respeto y consideración por parte del Estado y de la comunidad, implicando, en este sentido, un complejo de derechos y deberes fundamentales que aseguran a la persona tanto contra todo y cualquier acto de cuño degradante o deshumanizado, como velan por garantizar las condiciones existenciales mínimas para una vida saludable, además de propiciar y promover su participación activa y corresponsable en los destinos de la propia existencia y de la vida en comunión con los demás seres humanos, mediante el debido respeto a los demás seres que integran la red de la vida¹²⁹.

HABERLE señala que la dignidad de la persona humana consiste en el «valor y pretensión de respeto intrínseco y simultáneamente social, al cual pertenece cada ser humano por su condición humana»¹³⁰

Podemos sostener la primacía de la dignidad de la persona sobre los derechos fundamentales, ya que estos tienen su fuente y fundamento en la primera, debiendo rechazarse el ejercicio de cualquier Derecho que suponga un atentado a ella. La dignidad de la persona constituye una barrera insuperable en el ejercicio de los derechos fundamentales. La noción de dignidad humana es producto del reconocimiento de la unicidad de cada individuo humano y del hecho de que ella es creadora de un deber de igual respeto y protección en el ámbito de la sociedad¹³¹

¹²⁸ HENKIN L. «Ratificación de los Derechos Humanos». AJIL 89 (1995), pág. 341 .

¹²⁹ SARLET, IW. «Dignidade da pessoa Humana e Direitos Fundamentais na constituição Federal de 1988». Séptima Edición revista actualizada. Porto Alegre, Livraria Do Advogado, 2009. p.67.

¹³⁰ HABERLE, P. «A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal», en Wolfgang Sarlet, Ingo (Org.). *Dimensões da Dignidade*. Ed. Livraria Do Advogado. Porto Alegre. 2005. pág. 104.

¹³¹ SARLET, IW. «As dimensões da dignidade da Pessoa Humana», en Wolfgang Sarlet, Ingo (Org.). *Dimensões da Dignidade*. Ed. Livraria Do Advogado. Porto Alegre. 2005. pág. 26.

El valor y principio de la dignidad humana tiene un carácter absoluto. La dignidad humana constituye el mínimo invulnerable del ser humano que el ordenamiento jurídico debe asegurar. La dignidad de la persona es la fuente y fundamento de los derechos a través de los cuales se funda el consenso de la sociedad y se legitima el Estado.

La Corte Constitucional alemana ha precisado que el artículo 1º de la ley Fundamental de Bonn conocido como intangibilidad de la dignidad humana, «no puede ser modificado mediante una reforma constitucional tal y como lo dispone el art. 79 inciso 3º de la Ley Fundamental, dependerá ante todo de las circunstancias en las cuales se considere violada la dignidad humana.

El trato que afecte la dignidad humana, otorgada por el poder público al ser humano en cumplimiento de la ley, debe ser considerado como una minusvaloración de las garantías de que goza el ser humano por virtud de ser persona, y en ese sentido tiene también el carácter de un trato abyecto»¹³².

La dignidad de la persona humana en cuanto ligada a la condición humana no puede desconocer la dimensión comunitaria de la dignidad de cada y de toda persona, ya que convivimos y coexistimos con otras personas en sociedad, existiendo en un contexto de intersubjetividad que marcan las relaciones humanas y el reconocimiento de valores socialmente consagrados, donde los semejantes y la sociedad en su conjunto reconozcan y respeten tal dignidad.¹³³

No podemos obviar que la integridad moral constituye una manifestación directa de la dignidad humana. El atentado contra la integridad moral intensifica el injusto producido por la agresión al bien jurídico, ya que como Derecho fundamental y consecuencia directa de la dignidad humana, dicho bien jurídico resulta disponible por lo que el consentimiento del sujeto pasivo actuará como causa de exclusión de la tipicidad. En todo caso, el carácter degradante de una acción no se encuentra en sí misma, sino en el hecho de que la misma sea impuesta al sujeto pasivo.¹³⁴

El bien jurídico integridad moral se interpreta, también, como el Derecho de la persona a no padecer sufrimientos físicos o psíquicos humillantes, vejatorios o envilecedores. Final-

¹³² BvF 1/69, 2 BvR 629/68 y 308/69, citada por Schawe, Jürgen. 2003. Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Montevideo. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez y KAS, pág. 17.

¹³³ ALEGRE MARTINEZ, M.A.» *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español.*» Universidad de León, León, España, 1996. pág. 19.

¹³⁴ TAMARIT SUMALLA, J.M.: *Comentarios al Nuevo Código Penal*, en (QUINTERO OLIVARES, G. Dir.). Navarra, 2004, pág. 907.

mente, el referido bien jurídico se concibe como el Derecho a configurar de forma voluntaria pensamientos, ideas o sentimientos, sin que nadie pueda alterar dicha configuración, utilizando métodos o procedimientos contrarios a esa voluntad.¹³⁵

La dignidad humana se convierte así en límite y tarea de la sociedad en general y del Estado en particular, en efecto, la dignidad del ser humano tiene como límite el no poder nunca ser convertido en una cosa o en un objeto, en un instrumento para otros fines y no un fin en sí mismo, generando derechos fundamentales respecto de actos u omisiones que amenacen o vulneren dicha dignidad.

En nuestro derecho el valor dignidad de la persona reconocido en el artículo 10.1 de la carta fundamental, como parámetro interpretativo de los distintos derechos fundamentales consagrados en dicho texto supremo, ha desempeñado, hasta ahora, tres funciones esenciales: 1) precisar el contenido de tales derechos, 2) precisar el alcance de su titularidad; y, 3) servir como fuente de nuevos derechos.

La dignidad de la persona no es un derecho fundamental, sino sólo un postulado que, junto con otros reconocidos en el artículo 10.1 CE, se invoca como «fundamento del orden político y la paz social»¹³⁶. No existen muchas sentencias en las que el concepto de dignidad haya sido analizado y en la mayoría su invocación resulta sólo retórica¹³⁷ valga como ejemplo la STC 236/2007, sobre los derechos fundamentales de los extranjeros irregularmente establecidos en España, en la que el argumento supuestamente decisivo de la dignidad de la persona no consigue elevar a sistema una categorización de los derechos por demás confusa.¹³⁸

Para LUCAS VERDU la dignidad de la persona humana, contenida en el artículo 10.1, CE, constituye un valor constitucional.¹³⁹

En efecto, a su juicio, desde el punto de vista conceptual, los valores constitucionales se diferencian de los derechos –aunque se relacionan con ellos– en atención a tres razones, a saber: 1) porque les sirven de fundamento, 2) porque inspiran su perfeccionamiento, y, 3)

¹³⁵ DIAZ PITA, M.: «El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral», en Estudios Penales y Criminológicos, Vol. XXI, 1997, pág. 74.

¹³⁶ Sobre el artículo 10.1 CE. Ver GAVARA DE CARA J.C., «La proyección interna de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales» el artículo 10.1 CE, Bosch, Barcelona, 2011.

¹³⁷ GUTIERREZ GUTIERREZ I. «Dignidad de la persona y derechos fundamentales» págs. 91 y ss.

¹³⁸ GUTIERREZ GUTIERREZ I «Volver a las fuentes. Los derechos fundamentales de los extranjeros en la Constitución y en la jurisprudencia constitucional» Revista General de Derecho Constitucional, núm. 12, 2011, págs. 25 ss.

¹³⁹ LUCAS VERDU P., «Estimativa y política constitucionales», Madrid, UCM, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, 1984, págs. 100-118.

porque ayudan a su interpretación. Desde su óptica personal, aun cuando no se señale así en el artículo 1.1 –citado en líneas precedentes–, la dignidad de la persona ha de ser considerada como valor constitucional, en atención a las siguientes consideraciones:

- En primer lugar, en razón de que al redactar la norma de apertura, el constituyente no pretendió fijar un número determinado de valores constitucionales, sino solamente decretar aquellos que sirvieran como lineamiento general reflejo de la cultura política, dentro de la cual se inscribe el ordenamiento constitucional español.
- En segundo término, habida cuenta que el preámbulo de la propia carta fundamental, al señalar que la nación española –en uso de su soberanía– debe «promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida», se refiere a las personas, «pues el párrafo se refiere a todos, y la digna calidad de vida se promueve partiendo, implícitamente, de que todo ciudadano es digno acreedor de la misma».
- Por último, en virtud de que los valores libertad, justicia, igualdad y pluralismo político, se propugnan partiendo de la base de que se trata de postulados axiológicos en favor de personas dignas, lo que quiere decir que «en la medida que la dignidad humana es valiosa, los valores, ex artículo 1.1, redundan en su beneficio, y los cuatro valores de este precepto son propugnados porque sirven para la protección y perfeccionamiento de la dignidad humana.

PEREZ LUÑO por otro lado considera que «la dignidad humana ha sido en la historia, y es en la actualidad, el punto de referencia de todas las facultades que se dirigen al reconocimiento y afirmación de la dimensión moral de la persona».¹⁴⁰ En consideración de HERNANDEZ GIL, la dignidad y los derechos fundamentales no se colocan en un mismo plano, pues la norma fundamental «afirma como valor absoluto la dignidad de la persona, sin aludir siquiera a su reconocimiento, para luego, en plano distinto, referirse a los derechos que le son inherentes».¹⁴¹

La dignidad se proclama como valor absoluto y, como tal, punto de referencia del resto de los derechos que de ella emanan. Como afirma HERNANDEZ GIL:

«... es muy significativo y coherente con la imagen que la Constitución ofrece de la persona el hecho de que la categoría antropológico-ética de la dignidad aparezca antepuesta, afirmada *per se* y no como una derivación de los derechos... la persona no es el resultado de los derechos que le corresponden; luego, aún sin derechos, la persona que es un *prius* respec-

¹⁴⁰ PEREZ LUÑO A.E. «Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución», Madrid, Tecnos, 1991, pág. 49.

¹⁴¹ HERNANDEZ GIL A., «El cambio político español y la Constitución», Madrid, Planeta, 1982, pág. 422.

to de toda ordenación jurídico-positiva, existe en cuanto tal; por lo mismo, los derechos le son inherentes, traen de ella su causa; son exigibles por la dignidad de la persona».¹⁴²

1.3.4. EL DELITO INTERNACIONAL Y EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL

A) Introducción

Como hemos expuesto hasta ahora, el Derecho internacional se configura como un Derecho autónomo que prima sobre el Derecho interno y permite la responsabilidad internacional tanto de los Estados como del individuo porque incluye, implícitamente, la asunción de la existencia de un conjunto de bienes jurídicos propios de la Comunidad internacional que el Derecho internacional debe proteger.

En el ámbito del Derecho internacional el instrumento de tipificación internacional penal por excelencia es el tratado internacional¹⁴³, máxime cuando, al tener un carácter eminentemente formalista, en el mismo se pueden cumplir las garantías -criminal y penal- dispuestas por el principio de legalidad penal en el momento de elaboración de las disposiciones penales.

La tipificación de un hecho punible internacional significa que éste ha de estar descrito y determinado con precisión pero, además, el destinatario del mismo es la persona humana y no el Estado.

El punto de partida para la articulación del Derecho internacional penal es la tipificación penal autónoma de los crímenes susceptibles de ser sancionados desde el orden internacional garantizando así la existencia de un sistema penal internacional con independencia de que exista una tipificación interna¹⁴⁴.

El tratado internacional es un instrumento esencialmente consensual, esto es, un *consensus ad idem* derivado normalmente de una negociación en la que las partes negociadoras

¹⁴² HERNANDEZ GIL, *op. cit.*, nota 6.

¹⁴³ Entiende DIEZ DE VELASCO que «la inexistencia de un poder legislativo institucionalizado en la Comunidad internacional ha conferido al Tratado internacional una importancia primordial como medio de creación y de codificación tanto de las normas internacionales no escritas como de las que adolecen de falta de precisión por encontrarse dispersas en varios tratados». DIEZ DE VELASCO, M., «Instituciones de Derecho internacional público» Tecnos, Madrid, 2003, pág. 144.

¹⁴⁴ La consecuencia del principio de tipificación internacional autónoma conlleva que, por ejemplo, la aplicación del principio de jurisdicción universal por los órganos judiciales de los estados no esté condicionada a la tipificación interna del delito internacional. En este sentido el artículo 15.2 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que «nadie será condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivos según el Derecho nacional o internacional. Principio de legalidad convencional.

pactan tanto el contenido como las consecuencias jurídicas del tratado. Y, en este sentido, «el tratado vincula a los Estados porque éstos han consentido en vincularse por él».¹⁴⁵

Existen numerosos tratados internacionales, así como resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que disponen conductas delictivas. Así, a título de ejemplo cabe citar los convenios que regulan como conductas delictivas la falsificación de moneda¹⁴⁶, la esclavitud¹⁴⁷, la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes¹⁴⁸, el trabajo forzoso¹⁴⁹, el genocidio¹⁵⁰, el *apartheid*¹⁵¹, los crímenes de guerra¹⁵², la trata de personas y la prostitución ajena¹⁵³, la piratería en alta mar¹⁵⁴, el apoderamiento ilícito de aeronaves¹⁵⁵, actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil¹⁵⁶, el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas¹⁵⁷, la tenencia de armas de fuego¹⁵⁸, determinados actos de terrorismo¹⁵⁹, los delitos contra personas internacionalmente protegidas¹⁶⁰, etc.

¹⁴⁵ REUTER, P. «Introducción al derecho de los tratados» Fondo de Cultura Económica, México, 1999, pág. 38.

¹⁴⁶ Convenio internacional para la represión de la falsificación de moneda de 20 de abril de 1929.

¹⁴⁷ Convención sobre la esclavitud de 25 de septiembre de 1926; el Protocolo para modificar la Convención sobre la esclavitud, adoptado por la AGNU en 23 de octubre de 1953, y la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 30 de abril de 1956.

¹⁴⁸ Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 10 de diciembre de 1984.

¹⁴⁹ Convenio sobre el trabajo forzoso de 28 de junio de 1930.

¹⁵⁰ Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio de 9 de diciembre de 1948.

¹⁵¹ Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de *apartheid* de 30 de noviembre de 1973.

¹⁵² Convenios de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, es decir, por el Convenio para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña; el Convenio para mejorar la suerte de los heridos y enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar; el Convenio relativo al trato de los prisioneros de guerra; y el Convenio relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra. Estos Convenios son complementados por los Protocolos I y II Adicionales a los Convenios de Ginebra, de 8 de junio de 1977, relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.

¹⁵³ Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución de 21 de marzo de 1950.

¹⁵⁴ Convención sobre alta mar de 29 de abril de 1958.

¹⁵⁵ Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves de 16 de diciembre de 1970.

¹⁵⁶ Convenio sobre represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación de 23 de septiembre de 1971 y Protocolo, de 24 de febrero de 1988, para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional.

¹⁵⁷ Convenio sobre sustancias psicotrópicas de 21 de febrero de 1971; Convención Unica sobre estupefacientes de 30 de marzo de 1961; Convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 20 de diciembre de 1988.

¹⁵⁸ Convenio europeo sobre el control de la adquisición y tenencia de armas de fuego por particulares de 28 de junio de 1978.

¹⁵⁹ Convenio europeo para la represión del terrorismo de 27 de enero de 1977.

¹⁶⁰ Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, de 14 de diciembre de 1973.

B) Concepto y clasificación de delito internacional. Principales tipos delictivos

El núcleo duro de los crímenes internacionales es el regulado en el Estatuto de la CPI, por aplicación del principio de justicia universal. Además de los crímenes contemplados en el Estatuto de la CPI, los comportamientos objeto de represión penal mediante los tribunales penales internacionales *ad hoc* de Ruanda y la antigua Yugoslavia, así como algunos de los enunciados en el Tribunal Especial de Sierra Leona, nos podrían orientar aún más en el concepto de crimen internacional, su evolución y los posibles ilícitos penales que podrían convertirse en crímenes internacionales sujetos a la jurisdicción universal, ya que todos los delitos enunciados anteriormente son lo suficientemente graves y pueden conllevar la alteración

El origen de la definición de los crímenes contra la humanidad en el art. 7 del ECPI se encuentra en la definición de los mismos en el Estatuto de Londres de 1950 que sirvió de base para los juicios de Núrnberg¹⁶¹ con las modificaciones que la jurisprudencia relativa a la Segunda Guerra Mundial, los Proyectos de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad y los Estatutos de los Tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda, así como las decisiones de estos tribunales han ido introduciendo¹⁶². El primer cambio que reclamó la doctrina de inmediato en el concepto de crímenes contra la humanidad fue su independencia respecto de la situación de guerra¹⁶³. Los «Principios de Núrnberg» confirmados por la Asamblea General en su Resolución 95 (I) de 11 dic. 1946, mantienen, en cambio, en la definición de los crímenes contra la humanidad la exigencia de

¹⁶¹ Sobre el origen y evolución de los crímenes contra la humanidad con amplia bibliografía citada véase GIL GIL, A. Derecho Penal Internacional, Tecnos, Madrid, 1999, págs. 106 y ss.; la misma, El genocidio y otros crímenes internacionales, UNED, Valencia, 1999, págs. 107 y ss.

¹⁶² Sobre las negociaciones desarrolladas para la redacción de este art. en la Conferencia de Roma véase VON HEBEL y ROBINSON, «Crimes within the Jurisdiction of the Court», en Roy S. Lee (ed.) The International Criminal Court, The Making of the Rome Statute, Kluwer Law International, The Hague, 1999, págs. 90 y ss.

¹⁶³ Véase, como resumen de las numerosas opiniones doctrinales, la recomendación de la VIII Conferencia para la Unificación del Derecho penal de 1947, en Actes de la VIII Conference International pour l'Unification du Droit pénal, Pedone, París, 1949, págs. 224 y 225. En el mismo sentido se pronuncia la doctrina más moderna. Véanse, entre otros, BASSIOUNI, M. Ch., Crimes against Humanity in International Criminal Law, Nijhof, Dordrecht, 1992, págs. 176 y ss.; ZOLLER, La définition des crimes contra l'humanité, JDI, n.º 3, 1993, págs. 549 y ss.; PIGRAU SOLE, «Reflexiones sobre el TPIY desde la perspectiva de la codificación y el desarrollo progresivo del Derecho internacional», en Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, n.º 11, 1994, pág. 233; CLARK, R. S., «Crimes Against Humanity at Nuremberg», en GINSBURG y KUDRIAVTSEV, The Nuremberg Trials and International Law, Nijhof, Dordrecht, 1990, págs. 195 y ss., pág. 178.

relación con los crímenes de guerra o el crimen contra la paz pero el requisito desaparece de nuevo en la Convención de 1968 sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad.¹⁶⁴

El TPIY ha reconocido también la autonomía de la categoría de los crímenes contra la humanidad respecto de los crímenes contra la paz y de los crímenes de guerra, señalando que, a pesar de ello, la definición del art. 5 del Estatuto, más restrictiva que la definición general de los crímenes contra la humanidad, exige un nexo con un conflicto armado (interno o internacional) -requisito que interpreta de una forma muy laxa- para que dichos crímenes entren en la competencia del Tribunal.¹⁶⁵

En el mismo sentido se pronunció la Sala de Apelación en la decisión de 2 de octubre de 1995 al declarar que «es suficiente que los crímenes alegados estuvieran íntimamente relacionados (closely related) con las hostilidades que tienen lugar en otras partes de los territorios controlados por las partes en conflicto»¹⁶⁶

¹⁶⁴ Véase el principio VI.c de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y las Sentencias del Tribunal de Nuremberg, confirmados por la Asamblea General en su Resolución 95 (I) del 11 dic. 1946 y formulados por la Comisión de Derecho Internacional el 29 de julio de 1950 -Yearbook of the ILC, 1950, vols. I y II, reproducidos también en AJIL, 1950, Suplemento, p. 126. 39 Sobre la historia del elemento nexo con la guerra véase AMBOS y WIRTH, ob. cit. (nota 14), págs. 3 y ss.

¹⁶⁵ Así, por ej. PIGRAU SOLE, A «Reflexiones sobre el Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia desde la perspectiva de la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional» 1994, pag. 232 y ss. afirma que, desde el punto de vista de la competencia *ratione materiae* del Tribunal la limitación no es decisiva puesto que su propia jurisdicción va ligada a la existencia de un conflicto armado; MORRIS/SCHARF, *An insider's Guide to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. A documentary History and Analysis*, 1, Transnational Publishers, New York, 1995, págs. 82 y ss., opinan que la restricción se debe a la limitación de la jurisdicción del Tribunal, y no al propio concepto de crimen contra la humanidad en Derecho Internacional. En su opinión, la limitación es de carácter temporal, no material, por lo que no exige una conexión sustantiva con un crimen de guerra o con el conflicto armado. Esta última interpretación es discutible, pues los límites temporales de la jurisdicción del Tribunal ya están señalados en el art. 8. También achaca la limitación al origen y funciones asignadas al Tribunal TOMUSCHAT, C., «La creación de un sistema de enjuiciamiento penal internacional está tomando forma», en *La Revista*, Comisión internacional de juristas, número especial, n.º 50, 1993, pag. 70. Para O'BRIEN, J.C., *Current Developments*, *American Journal of International Law*, vol 87, 1993, págs. 649 y ss., son posibles varias interpretaciones de la expresión «cometido en un conflicto armado»: se puede entender como «durante» el conflicto, sin exigir un nexo sustantivo con el mismo; se puede interpretar que el hecho ha de ser cometido en ejecución o en conexión con una violación del Derecho de la Guerra o con el genocidio; o se puede defender una interpretación mixta que recoja las dos anteriores, en el sentido de la jurisprudencia de Nuremberg.

¹⁶⁶ Véanse *Decision on the defence motion on Jurisdiction of the Tribunal. Case No IT-94- I-T (Dusko Tadic)*. 10 August 1995, págs. 19 a 32, Trial Chamber, Opinion and Judgment of 7 May 1997, Prosecutor v. Dusko Tadic, Case No . IT-94-1-T, págs. 201 y ss. y 236-237. 45 *Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction of the Tribunal*, 2 Oct. 1995, Case No . IT-94-1-AR72, párrafo 70

Dicha restricción no se contempla en el art. 3 del Estatuto para Ruanda¹⁶⁷, ni en ninguno de los proyectos de Código de crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad a partir de 1954, ni ha sido introducida en la definición de los crímenes de lesa humanidad del art. 7 del ECPI. El crimen contra la humanidad en el ECPI es, por lo tanto, un delito independiente de los crímenes contra la paz y de los crímenes de guerra.

THIAM ¹⁶⁸ ha clasificado en tres categorías las conductas punitivas contenidas en los tratados internacionales: 1) delitos de Derecho internacional propiamente dichos o delitos contra los valores de la sociedad internacional; 2) los delitos nacionales que, a través de su tipificación en un tratado internacional, se han convertido en delitos internacionales en orden a su represión; y 3) delitos internos que, a consecuencia de la concurrencia de diferentes circunstancias, pasan a ser delitos internacionales.

Ahora bien, como señala HUESA VINALXA, «estrictamente hablando, no todos los tipos delictivos contenidos en tratados internacionales remiten a delitos o crímenes internacionales en sentido propio»¹⁶⁹ por lo que desde este punto de vista, los delitos internacionales en sentido propio son aquellos que tienen por finalidad la tutela jurídica de los intereses de la sociedad internacional en su conjunto. Es decir, desde esta perspectiva, la regulación de los delitos internacionales en sentido propio vendrá dada por el Derecho internacional penal y no por el Derecho penal internacional (Derecho penal interno).»

La doctrina mayoritaria sostiene que los delitos internacionales en sentido propio son los que amenazan o lesionan los valores jurídicos internacionales como la paz y/o la seguridad ¹⁷⁰ de la sociedad internacional y para ellos se exige una responsabilidad internacional penal inmediata fundada directamente en el Derecho internacional¹⁷¹

Y en atención al criterio expresado, cabría citar como delitos internacionales en sentido propio:

¹⁶⁷ El art. 3 del Estatuto del TPIR define los crímenes contra la humanidad como «...los crímenes que se señalan a continuación, cuando hayan sido cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil por razones de nacionalidad o por razones políticas, étnicas, raciales o religiosas: a) homicidio intencional; b) exterminio; c) esclavitud; d) deportación; e) encarcelamiento; f) tortura; g) violación; h) persecución por motivos políticos, raciales o religiosos; i) otros actos inhumanos.»

¹⁶⁸ Primer informe sobre el proyecto de código de delitos contra la paz y seguridad de la humanidad, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1993, volumen 3

¹⁶⁹ HUESA VINAIXA, R., El «Tribunal. Internacional para Juzgar los crímenes cometidos en la ex-Yugoslavia», Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales, Vitoria Gazteiz, págs. 162 y 163.

¹⁷⁰ PELLA, V., La guerre-crime et les criminels de guerre, Baconnnière, Neuchatel, 1964, p. 32.

¹⁷¹ TRIFFTERER, O. «Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court - Observers 'Notes, Article by Article, Nomos, Baden-Baden, 1999.cit., págs. 19 y ss.

1. Los cuatro Convenios de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, que establecen la responsabilidad internacional penal para una serie de actos prohibidos en tanto que susceptibles de ser calificados como crímenes de guerra (arts. 49, 50, 129 y 146, comunes a los Convenios) y, a su vez, los artículos 50, 51, 130 y 147, comunes a los Convenios.

Establecen un listado de infracciones graves, que es completada por los artículos 11.4 y 85.3 y 4 del Protocolo I Adicional.

Así, los referidos Convenios tienen por finalidad impedir que los Estados eviten sus responsabilidades, ya que «ninguna Parte Contratante podrá exonerarse, ni exonerar a otra Parte Contratante, de las responsabilidades en que haya incurrido ella misma u otra Parte Contratante a causa de las infracciones previstas en el artículo anterior» (arts. 51, 52, 131 y 148 comunes a los Convenios). Por consiguiente, de conformidad con el artículo 1 de los mencionados Convenios, los Estados parte están obligados «a respetar y hacer respetar» las disposiciones contenidas en los mismos en todas circunstancias. A las infracciones graves previstas en estos instrumentos convencionales internacionales le son de aplicación el principio de jurisdicción universal.

2. El artículo 1 del Convenio para la prevención y sanción del delito de genocidio de 1948 dispone que «el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de Derecho internacional» –y seguidamente añade– que las partes «se comprometen a prevenir y sancionar».¹⁷²

En el Dictamen de 18 de mayo de 1951¹⁷³, el TIJ sostuvo que este Convenio expresaba y contenía principios reconocidos por las naciones civilizadas, obligatorios para todos los Estados al margen de todo vínculo convencional y tenían carácter *ius cogens*.

3. Los delitos internacionales competencia de la CPI –crímenes de guerra, crimen de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crimen de agresión (art. 5 ECPI)¹⁷⁴ son generadores de responsabilidad internacional penal del individuo.

¹⁷² En conformidad con el artículo 6 será de aplicación el principio de jurisdicción universal.

¹⁷³ Opinión consultiva sobre las reservas a la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, CIJ, Recueil 1951, págs. 24 y ss.

¹⁷⁴ En el ETPIY se contemplan las violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 (art. 2 ETPIY), la violación de las leyes o usos de la guerra (art. 3 ETPIY) y el genocidio (art. 4 ETPIY), mientras que el ETPIR recoge el genocidio (art. 2 ETPIR) y las violaciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional II a los Convenios (art. 4 ETPIR).

Ahora bien, estos tratados internacionales tipifican las conductas delictivas pero no fijan las penas aplicables a las mismas. La regla general consiste en remitir la cuestión relativa a las penas aplicables a las disposiciones internas del Estado en el que se sustancia el proceso. Así, por ejemplo, el artículo V de la Convención sobre el genocidio o el artículo 4.2 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. Tampoco disponen la garantía jurisdiccional o establecimiento de un órgano jurisdiccional internacional competente para conocer de los delitos internacionales tipificados ni el correspondiente proceso a tal efecto.

Por ello, BASSIOUNI considera respecto de la tipificación realizada en los tratados internacionales: que «en suma, reúne en torno a sí todas las dificultades e insuficiencias inherentes al Derecho internacional y, además, presenta los defectos típicos de un enfoque criminalizador asistemático, que agrupa de manera indiscriminada diversas prohibiciones normativas que tienen muy poco en común y que no se encuentran informadas ni por un sistema global ni por reglas generales (por ejemplo, tiene muy poco en cuenta, en relación con las infracciones, las reglas tradicionales de la legalidad, en particular del *nullum crimen nulla poena sine lege*). Así, el Derecho penal internacional, que se pretende una combinación de las características más destacadas del Derecho internacional y el Derecho penal sólo ha conseguido, hasta ahora, combinar sus peores aspectos».¹⁷⁵

TRIFFTERER realiza una distinción más sencilla, al distinguir sólo los crímenes internacionales en sentido estricto de los delitos internacionales en sentido amplio¹⁷⁶. Los primeros serían aquellos que amenazan valores jurídicos internacionales, exigiéndose una responsabilidad penal por los mismos fundada en el Derecho internacional. Un ejemplo serían los crímenes de guerra, genocidio, crímenes contra la humanidad y crimen de agresión.

Los segundos, serían delitos que afectan o amenazan al orden internacional, siendo su represión ejercida bajo normas domésticas, al comprometerse los Estados, vía convencional, a ello. Para este autor, la responsabilidad penal no se encuentra en el convenio internacional del cual traen causa, sino en la legislación interna de cada país que tiene que haber tipificado el comportamiento reprochable y haber establecido los mecanismos de represión oportunos, al haberse comprometido convencionalmente a ello.

CASSESE delimita la diferencia entre crímenes internacionales y delitos internacionales con base en que los primeros están recogidos en normas consuetudinarias, mientras que

¹⁷⁵ Al respecto, BASSIOUNI, M. «Crimes against humanity in International Criminal Law», Nijhoff, Dordrecht, 1992. cit., pág. 82.

¹⁷⁶ O. TRIFFTERER. 1991, «Present situation, vision and future perspectives», en Principles and procedures for a new transnational law, Freiburg: Eser/Ladgony, págs. 337 y ss.

los segundos sólo comprenden violaciones de tratados internacionales que no han cristalizado en costumbre internacional. Para CASSESE¹⁷⁷ el Derecho internacional penal es todavía muy rudimentario, pero no debe desconocerse que el ECPI ha supuesto un importante impulso en la materia.

Sostiene REMIRO BROTONS¹⁷⁸ que «a diferencia de lo que ocurre en los ordenamientos internos, la tipicidad de los crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad no está determinada en el orden internacional por su incorporación en textos escritos, pues la *lex* se expresa mediante métodos consuetudinarios (y principios generales del Derecho) que la hacen ambigua e insegura en un momento dado, hasta que la codificación y sus trabajos preparatorios permiten su más precisa representación, sobre la base, a menudo, de tipos relativamente abiertos; sólo en el plano de las reglas particulares inscritas en los tratados por los que se obligan los Estados (y que son, a su vez, elementos de la práctica y expresión de la *opinio iuris* que coadyuvan a la creación de normas generales).

OLLE SESE, aprecia la existencia de crímenes internacionales de primer grado y de segundo grado. Los primeros se fundamentarían en el Derecho internacional (convencional y consuetudinario, incluyendo los principios generales), lesionarían bienes jurídicos supranacionales y determinarían la responsabilidad penal directamente por el Derecho internacional. Los segundos se fundamentarían en el Derecho interno o en el internacional y protegerían intereses comunes de la comunidad internacional, originando una responsabilidad penal indirectamente por el Derecho internacional¹⁷⁹

Por su parte, GIL GIL distingue entre delitos internacionales y delitos transnacionales¹⁸⁰ siendo los primeros aquellas conductas que infringen una norma internacional que impone la responsabilidad penal correspondiente y tiene como fin proteger bienes jurídicos de la comunidad internacional; mientras que los segundos, serían aquellos delitos tipificados en las legislaciones penales nacionales, cuyo ámbito material sobrepasa las fronteras estatales, estando el origen de dicha represión en los convenios internacionales, pero siendo ejercida la misma por los Estados.

Pero es el Estatuto de la Corte Penal Internacional el que contiene un verdadero Código Penal Internacional donde se regulan en la Parte General, el principio de legalidad de los de-

¹⁷⁷ CASSESE, A. «L'influence de la CEDH sur l'activité des Tribunaux pénaux internationaux, Crimes internationaux et juridictions internationales», Presses Universitaires de France, Paris, 2002, pág. 143.

¹⁷⁸ REMIRO BROTONS, A., Derecho internacional público. Derecho de los tratados, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 29.

¹⁷⁹ OLLE SESE, M. «Justicia Universal para crímenes internacionales», Madrid: La Ley, 2008, págs. 190 y ss.

¹⁸⁰ GIL GIL, A. «Derecho Penal Internacional», 1999, pág. 67.

litos y de las penas, el error, las distintas eximentes, etc., y la Parte Especial donde se tipifican los distintos delitos de competencia del Tribunal Penal Internacional.

Además, se trata de «un compendio de reglas basadas en tradiciones nacionales y prácticas que servirían de marco al juez en su rol al formular el Derecho, y que pudieran proveer una concepción coherente de lo que es el Derecho penal»¹⁸¹.

Se introducen límites de orden formal, en especial el principio de legalidad penal, o de orden material, como el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y el principio de protección mínima, así como otros límites relativos a la aplicación y ejecución de las penas, tales como el principio de culpabilidad o el principio de la humanidad de las penas.

En este contexto, atendiendo a la perspectiva jurídico material, el delito internacional dispuesto por el ECPI se configura como una *acción* típicamente antijurídica y culpable a la que está señalada una pena. Esta acción equivale a una conducta humana, contraria a lo dispuesto por el tipo penal (antijurídica), *imputable* a su autor y que genera la responsabilidad internacional penal de éste.

El ECPI, en primer lugar, tipifica —define— las conductas punibles generadoras de responsabilidad internacional penal individual (arts. 6 a 8 ECPI); es decir, para determinar si un hecho perpetrado es penalmente antijurídico habrá que acudir como criterio decisivo a los tipos de delito dispuestos en los artículos 6 a 8 del ECPI, lo que permite que el ECPI cumpla con los requisitos de *lex praevia, scripta* y *certa* proclamados por el principio de legalidad penal.

Así, por lo que se refiere a la necesidad de que los crímenes estuviesen claramente definidos, el ECPI recoge un cambio en relación con el enfoque estrictamente adjetivo al que respondía el Proyecto de 1994, en el que únicamente se contenía una enumeración de los crímenes, pero no una descripción de los mismos.

Frente a este enfoque, el ECPI responde a un esfuerzo sustantivo muy considerable, en el que se centraron buena parte de los trabajos del Comité Preparatorio y de la propia Conferencia Diplomática, en los que, buscando la garantía del principio de legalidad, se llevó a cabo una labor de definición y concreción de los crímenes recogidos en el artículo 5 del estatuto, a saber, el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra».¹⁸²

¹⁸¹ SCHABAS, W., Principios generales del Derecho penal en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (part III), «El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional», Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pág. 272.

¹⁸² LIROLA DELGADO, I., La competencia material de la Corte Penal Internacional. La relación con el proyecto de Código de Crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, «Creación de una jurisdicción penal internacional», Escuela Diplomática, Madrid, 2000, pág. 54)...., cit., págs. 52 y 53 .

1. Los Crímenes de Lesa Humanidad.

El art. 7 del ECPI define a los crímenes contra la humanidad de la siguiente manera:

«1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por crimen de lesa humanidad» cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil y con conocimiento de dicho ataque». El artículo 7 del Estatuto de Roma¹⁸³ describe estos crímenes como la realización de conductas varias, cometidas como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, es decir, que debe contener la ejecución de múltiples actos o de conductas típicas como son el asesinato, exterminio y otros, permitiendo al mismo tiempo establecer una línea de conducta de la que forman parte tales actos, y que se ejecutan de conformidad con la política de un Estado o de una organización.

El carácter doloso de todos los crímenes de competencia de la CPI, la inclusión de este elemento en el tipo de todos los crímenes contra la humanidad exigen que el dolo del autor se extienda también al contexto, aunque no tuviera conocimiento de todas las características del ataque ni de los detalles precisos del plan o la política del Estado u organización.¹⁸⁴

Apunta GIL GIL la exigencia de que los crímenes contra la humanidad sean cometidos en el marco de una acción sistemática o a gran escala no impide, como ya hemos señalado, al considerar, siguiendo la jurisprudencia del TPIY «que cada ataque individual contra un bien jurídico fundamental cometido en dichas circunstancias constituye un crimen contra la humanidad, de la misma manera que cada acto considerado violación grave del Derecho de la Guerra constituye un crimen de guerra. Al contrario, esta solución es una exigencia si se quiere ser coherente con los bienes jurídicos elegidos».¹⁸⁵

¹⁸³ En referencia al Artículo 7 del Estatuto de Roma señala que estos ataques comprenden el asesinato, exterminio, esclavitud, deportación o traslado forzoso de población; encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional, tortura, violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad, persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, religiosos, sexuales u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte, desaparición forzada de personas, el crimen de apartheid y otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Universidad Externado de Colombia. 1999. Págs. 432-433

¹⁸⁴ Elementos, art. 7, Introducción, punto 2. AMBOS y WIRTH, «The current Law of Crimes Against Humanity», en *Criminal Law Forum* 13: 2002, págs. 37 y ss. y págs. 43, PIRAGOFF, en Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos, BadenBaden, 1999, art. 7, pág. 14

¹⁸⁵ GIL, GIL A «Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el estatuto de la corte penal internacional://www.cienciaspenales.net, pág. 20

En esta línea, podemos afirmar que constituyen crímenes contra la humanidad los atentados contra bienes jurídicos individuales fundamentales (vida, integridad física y salud, libertad...) cometidos, tanto en tiempo de paz como de guerra, como parte de un ataque generalizado o sistemático realizado con la participación o tolerancia del poder político de iure o de facto.¹⁸⁶

Expresamente al delito de tortura, lo ha reafirmado la CIJ hace apenas dos años en su sentencia *Belgium v. Senegal*, *Questions relating to the obligation to prosecute or extradite*.¹⁸⁷ Esta interpretación también ha sido adoptada por el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY) en *Prosecutor v. Anto Furundzija* (1998)¹⁸⁸; *Prosecutor v. Kupresksic et al* (2001)¹⁸⁹; *Prosecutor v. Delalic et al* (2001)¹⁹⁰; *Prosecutor v. Radislav Krstic* (2001)¹⁹¹; y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en *Irlanda v. El Reino Unido* (1978)¹⁹², *Mamatkulow and Askaron v Turquía* (2005)¹⁹³, *Jorgic c. Alemania* (2007,¹⁹⁴y *Margus v. Croatia* (2014).¹⁹⁵

2. El Crimen de Genocidio.

Dentro de las características generales del genocidio, el mismo constituye un crimen que puede ser cometido tanto en tiempo de paz, como de guerra, y forma parte del Derecho internacional consuetudinario de carácter general. Sin embargo se ha desaprovechado la oportunidad, en el Estatuto de Roma, de ampliar dicha figura penal que prácticamente fue transcrita a los crímenes de competencia de la CPI, de la definición de Genocidio establecida mediante el artículo II de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio aprobada en 1948.¹⁹⁶

¹⁸⁶ Para un estudio en profundidad de los crímenes de lesa humanidad se recomienda la lectura de los siguientes autores: GIL GIL, A., *Derecho Penal Internacional*,; BOOT, en Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos, Baden-Baden, 1999 ;AMBOS y WIRTH, «The current Law of Crimes Against Humanity», en *Criminal Law Forum* 13: 2002; CAMPBELL, P.C., §220a StGB. *Der richtige Weg zur Verhütung und Bestrafung von Genocid?*, Frankfurt am Main, Lang, 1986 ;e QUINTANO RIPOLLES, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, t. I, CSCI, Madrid, 1955.

¹⁸⁷ *Questions relating to the obligation to prosecute or extradite, Belgium v. Senegal*, Judgment of 20 July 2012

¹⁸⁸ Case N.º: IT-95-17/1-T, 10 December 1998.

¹⁸⁹ Case N.º: IT-95-16-A, 23 October 2001.

¹⁹⁰ Case N.º: IT-96-21-A, 20 February 2001

¹⁹¹ Case N.º: IT-98-33-T, 2 August 2001.

¹⁹² Case N.º: IT-98-33-T, 2 August 2001.

¹⁹³ STEDH de 18 de enero de 1978.

¹⁹⁴ STEDH de 12 de julio de 2007.

¹⁹⁵ STEDH de 27 de mayo de 2014.

¹⁹⁶ «En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; e) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.»

Cuando observamos los elementos que constituyen el crimen de genocidio de acuerdo a lo planteado en el artículo 617 del Estatuto de Roma, podemos comprender que se delimita en tres elementos: los dos primeros constituyen elementos objetivos del delito *actus reus* de la cual comprenden la identificación de un grupo nacional, étnico, racial o religioso; la comisión de los actos expresamente establecidos, es decir, por atentar gravemente contra la integridad física de miembros del grupo y, el elemento subjetivo *mens rea* se describe como la voluntad o intención de destruir total o parcialmente a un grupo.

El delito de genocidio se describe mediante la enumeración de una serie de conductas que han de ser cometidas con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, racial, étnico o religioso.

Se trata de un delito cuyo bien jurídico protegido es supraindividual¹⁹⁷, de un tipo de consumación anticipada¹⁹⁸, cuya finalidad no tiene que ser necesariamente la destrucción total del grupo, sino que constituyen también genocidio los actos cometidos con la intención de destruir parcialmente el grupo¹⁹⁹ que estará caracterizado por la pertenencia de las personas elegidas como víctimas a la raza, etnia, nacionalidad o religión de que se trate y su delimitación a un determinado ámbito: un país, una región o una comunidad concreta, o protegidos por la Convención, aunque dichas personas no constituyan todos los miembros del grupo, que puede extenderse a otros ámbitos, comunidades o territorios, pero siempre que la raza, nacionalidad, etnia o religión sea el factor que caracteriza a las víctimas como grupo contra el que se dirige el plan de exterminio, distinguiéndoles del resto de individuos que conforman ese ámbito.²⁰⁰

¹⁹⁷ El propio concepto de genocidio tal y como fue ideado por su creador, LEMKIN, R «Por genocidio entiendo LEMKIN la destrucción de una nación o de un grupo étnico. Este neologismo proviene, según indica el propio autor, de la palabra griega *genos*, que significa «raza», «tribu», y el vocablo latino *cide* que significa «matar». Véase LEMKIN, R., *Axis Rule in Occupied Europe, Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*, Carnegie Endowment for International Peace, Washington, 1944, p. 79.; el mismo, «Le génocide», en *Revue Internationale de Droit pénal*, 1946, n.º 2, pág. 371; el mismo, «Genocide as a crime under international law», en *American Journal of International Law*, vol. 41, n.º 1, 1947, pág. 147., y la definición que del mismo da la Resolución 96 (I) del 11 de diciembre de 1946 de la Asamblea General» «El genocidio es la negación del derecho a la existencia de grupos humanos enteros, como el homicidio es la negación del derecho a la vida de seres humanos individuales; tal negación del derecho a la existencia conmueve la conciencia humana, causa grandes pérdidas a la humanidad en la forma de contribuciones culturales y de otro tipo representadas por esos grupos humanos y es contraria a la ley moral y al espíritu y los objetivos de las Naciones Unidas». El texto íntegro de la Resolución puede verse en *Yearbook of the United Nations*, 1946-1947, págs. 255 y 256.

¹⁹⁸ Sobre este concepto y su aplicación a la estructura del genocidio véase GIL GIL, A., ob. cit. (nota 3), págs. 175 y ss. en especial 194-195, con ulteriores citas.

¹⁹⁹ SCHABAS, W «Genocide in international law, Cambridge University Press, 2000, págs. 230 y ss.

²⁰⁰ En el mismo sentido SCHABAS, *Genocide in international law*, Cambridge University Press, 2000, págs. 235 y ss.

A diferencia de otros tipos penales, el concepto de genocidio no ha variado en absoluto respecto de su definición en la Convención, y no es posible mantener que exista en Derecho Internacional consuetudinario contemporáneo un concepto de delito de genocidio más amplio que el que recoge la Convención ²⁰¹

3. Los Crímenes de Guerra.

Los crímenes de guerra, son los crímenes más antiguos y más claramente establecidos. La prohibición de ejecutar este tipo de crímenes se constituye, como hemos expuesto, parte de lo regulado en los Convenios de la Haya de 1899 y 1907, de Ginebra de 1925 y de 1949, al igual que lo establecido en sus dos Protocolos Adicionales de 1977.

Con respecto a la lista de elementos que integran o forman parte de los crímenes de guerra, la Corte Penal Internacional, ha planteado en su artículo 8 que diferentes conductas descritas, integran este tipo de crímenes. Uno de los grandes logros del Tribunal Penal Internacional, es que finalmente, logra integrar en la misma categoría, sanciones a actos realizados dentro del desarrollo de un conflicto armado internacional, como también a los de carácter interno.

4. El Crimen de Agresión.

En términos generales, el acto de agresión es el uso de la fuerza armada por un Estado contra otro Estado sin que medie la justificación de la legítima defensa o exista una autorización por el Consejo de Seguridad. Tanto la definición del acto de agresión como las acciones calificadas como actos de agresión incluidas en la propuesta de enmienda (por ejemplo, una invasión, bombardeo o bloqueo por parte de las Fuerzas Armadas de un Estado) han sido influenciadas por la Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, adoptada el 14 de diciembre de 1974.

Tras un acuerdo estipulado durante las negociaciones del Estatuto de Roma en 1998, el Artículo 5 del Estatuto de Roma define al crimen de agresión como uno de los crímenes más importantes dentro de la jurisdicción de la Corte. Sin embargo, a diferencia de los otros tres crímenes (genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra), la Corte aún no puede ejercer su jurisdicción sobre él dado que el Estatuto no lo define ni establece sus condiciones jurisdiccionales.

²⁰¹ Para un estudio en profundidad del genocidio se recomienda la lectura de los siguientes autores: GIL GIL, A., Derecho Penal Internacional; BOOT, en Triffterer (ed.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Nomos, Baden-Baden, 1999; AMBOS y WIRTH, The current Law of Crimes Against Humanity, en Criminal Law Forum 13: 2002; CAMPBELL, P. C., §220a StGB. Der richtige Weg zur Verhütung und Bestrafung von Genocid?, Frankfurt am Main, Lang, 1986 ; GIL, GIL A «Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el estatuto de la corte penal internacional://www.cienciaspenales.net

Tras años de intensos debates y trabajos preparatorios, el 11 de junio de 2010 tuvo lugar la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma realizada en Kampala, Uganda, entre el 31 de mayo y el 11 de junio de 2010

Entre el 31 de mayo y el 11 de junio de 2010 se realizó la primera Conferencia de Revisión del Estatuto de la Corte Penal Internacional, en Kampala, Uganda y se convocó tanto a los Estados partes como a los Estados no parte del Estatuto de Roma. Uno de los principales temas que se abordó en aquella reunión fue la adopción de la definición del crimen de agresión y las condiciones para el ejercicio de la jurisdicción de la Corte. Las delegaciones subrayaron la importancia de completar el Estatuto de la Corte mediante la adopción de una disposición sobre el crimen de agresión. Por su parte, el Grupo de Trabajo operó bajo el principio que «nada se acordará hasta que todo sea acordado», es decir, los Estados partes debían adoptar todas las enmiendas como un paquete y nada de lo que pudieron haber acordado antes de la Conferencia debía tomarse por aprobado. Los temas sobre los que se llegó a acuerdos preliminares comprendían las definiciones de la conducta del individuo y del acto de agresión del Estado, el uso de los tres mecanismos de activación existentes incorporados en el artículo 13^o²⁰², los elementos del crimen, y el hecho de que ninguna determinación «externa» respecto de la comisión de un acto de agresión podía perjudicar o predisponer la decisión final de la Corte.²⁰³

Luego de arduos debates, finalmente, la noche del 11 al 12 junio de 2010, los Estados partes, aprobaron –por consenso– en la 13ª sesión plenaria de la Conferencia de Revisión de Kampala, la Resolución RC/Res. 651, en la que no sólo acordaron el texto del nuevo artículo 8bis, que contiene la definición crimen de agresión, sino también el de los artículos 15bis y 15ter, referidos al ejercicio de la jurisdicción sobre este crimen.

De la misma manera, decidieron que los artículos 28º, 30º, 31º, 32º y 33º, relativos a la responsabilidad de los jefes y otros superiores, elementos de intencionalidad, circunstancias eximentes de responsabilidad penal, errores de hecho o de Derecho, y órdenes superiores y disposiciones legales, respectivamente, deberán aplicarse al crimen de agresión.

Esto se hizo con el objetivo de mantener las reglas aplicables a los demás crímenes del Estatuto. La definición adoptada en Kampala es como sigue: *«Artículo 8bis Crimen de agresión 1. A los efectos del presente Estatuto, una persona comete un «crimen de agresión» cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, dicha persona planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus*

²⁰² Remisión por un estado parte, por el Consejo de Seguridad o por iniciativa del Fiscal.

²⁰³ Coalición por la Corte Penal Internacional. Report on the first Review Conference on the Rome Statute. November, 2010.

características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas. 2. A los efectos del párrafo 1, por «acto de agresión» se entenderá el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas. De conformidad con la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1974, cualquiera de los actos siguientes, independientemente de que haya o no declaración de guerra, se caracteriza como acto de agresión:

a) La invasión o el ataque por las fuerzas armadas de un Estado del territorio de otro Estado, o toda ocupación militar, aún temporal, que resulte de dicha invasión o ataque, o toda anexión, mediante el uso de la fuerza, del territorio de otro Estado o de parte de él; b) El bombardeo, por las fuerzas armadas de un Estado, del territorio de otro Estado, o el empleo de cualesquiera armas por un Estado contra el territorio de otro Estado; c) El bloqueo de los puertos o de las costas de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado; d) El ataque por las fuerzas armadas de un Estado contra las fuerzas armadas terrestres, navales o aéreas de otro Estado, o contra su flota mercante o aérea; e) La utilización de fuerzas armadas de un Estado, que se encuentran en el territorio de otro Estado con el acuerdo del Estado receptor, en violación de las condiciones establecidas en el acuerdo o toda prolongación de su presencia en dicho territorio después de terminado el acuerdo; f) La acción de un Estado que permite que su territorio, que ha puesto a disposición de otro Estado, sea utilizado por ese otro Estado para perpetrar un acto de agresión contra un tercer Estado; g) El envío por un Estado, o en su nombre, de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo actos de fuerza armada contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos antes enumerados, o su sustancial participación en dichos actos»

El artículo 8 bis adoptado en Kampala define el crimen de agresión individual como la planificación, preparación, inicio o ejecución de un acto de agresión por parte de una persona en posición de liderazgo. En gran medida, implica el requerimiento mínimo de que éste constituya una violación manifiesta a la Carta de las Naciones Unidas.

El debate principal en las negociaciones sobre las condiciones para el ejercicio de la competencia fue si una entidad externa debe determinar si el Estado afectado ha cometido un acto de agresión antes de que la Corte pueda proceder. Algunos aducen que una determinación previa por parte del Consejo de Seguridad, la Asamblea General o la Corte Internacional de Justicia, evitando así que la Corte se politizase. Otros en cambio consideraban que debía ser la Sala de Cuestiones Preliminares «ampliada» la que tuviera el deber de determinar si la Corte puede proceder. Finalmente otros consideraban suficiente que el Consejo de Seguridad hiciera una declaración de no objeción al proceder de la Corte.

El texto de los artículos 15 bis y 15 ter establecen las condiciones para que la Corte ejerza su jurisdicción sobre el crimen de agresión. A diferencia de los otros crímenes del Estatuto, estos artículos establecen un régimen jurisdiccional único que determinan cuándo el Fiscal e la CPI es capaz de iniciar una investigación sobre un crimen de agresión. Cuando una «situación» es referida al Fiscal por el Consejo de Seguridad de la ONU, el artículo 15 ter del estatuto establece que la jurisdicción de la Corte sea activa del mismo modo que para los otros crímenes del Estatuto, lo que implica que el Fiscal puede iniciar una investigación .

El crimen de agresión respondería a los mismos mecanismos para activar la jurisdicción de la Corte que existen actualmente para los otros tres crímenes regulados en el Estatuto. Más aún, estas disposiciones preliminares establecen que el Fiscal podrá proceder con una investigación únicamente tras la constatación de que el Consejo de Seguridad haya determinado si se ha cometido un acto de agresión por parte del Estado concernido. Cuando exista dicha determinación por parte del Consejo de Seguridad, el Fiscal podrá proceder con la investigación; no obstante, aquella determinación no será determinante para la constatación posterior de la comisión de un acto de agresión por parte de la Corte. Las condiciones para la entrada en vigor consensuadas en Kampala establecieron que la Corte no podrá ejercitar su jurisdicción sobre el crimen hasta el 1º de enero de 2017

Resulta interesante mencionar que durante la Conferencia en Kampala surgió la interrogante de si, después del 1º de enero del 2017 y una vez obtenidas las treinta ratificaciones, todos los Estados partes estarían obligados por ellas o únicamente aquellos que las hubiesen aceptado. Algunos Estados sostuvieron que sólo aquellos que ratificasen las enmiendas estarían vinculados por ellas y únicamente podría juzgarse un crimen de agresión cometido por esos Estados (a menos que haya decidido no aceptar la competencia)²⁰⁴. En este mismo sentido se ha pronunciado HELLER²⁰⁵; por tanto, hasta que un Estado parte acepte o ratifique la enmienda, la Corte no ejercería su competencia respecto del crimen de agresión cuando haya sido cometido por nacionales o en el territorio de ese Estado parte. Por el contrario, a criterio de SCHABAS²⁰⁶, las enmiendas entrarían en vigor tanto para aquellos Estados que las hubiesen ratificado como para aquellos que no, debido a que se ha establecido la posibilidad de rechazar la competencia de la Corte. Por tanto, la Corte tendría jurisdicción sobre el

²⁰⁴ AKANDE, D. «What Exactly was Agreed in Kampala on the Crime of Aggression?». EJIL: Talk!. 21 de junio de 2010. <<http://www.ejiltalk.org/what-exactly-was-agreed-in-kampala-on-the-crime-of-aggression>>

²⁰⁵ HELLER, K. «Opt-Ins and Opt-Outs». Opinio Juris. 21 de junio de 2010. <<http://opiniojuris.org/2010/06/21/opt-ins-and-opt-outs>>

²⁰⁶ Kampala 2010. 17 de junio de 2010. «The Result: Prosecuting Aggression at the International Criminal Court». The ICC Review Conference: Kampala 2010. 12 de junio de 2010. <<http://iccreviewconference.blogspot.com>>

crimen de agresión respecto de todos los Estados partes del Estatuto, a menos que alguno de ellos hubiese declarado previamente que no acepta tal jurisdicción.²⁰⁷

Al día de hoy, no existe consenso acerca de la interpretación más adecuada, por ello, es importante considerar que a mayor nivel de consentimiento mayor viabilidad y estabilidad para la CPI o, dicho en otros términos, que los obstáculos que el tribunal internacional habría de enfrentar en torno al crimen de agresión, resultan suficientemente peligrosos y difíciles como para agregar cuestionamientos al ejercicio mismo de su jurisdicción.

Y así a modo de resumen, con intención de clarificar, exponemos a continuación una tabla que recoge los delitos internacionales de conformidad con la normativa vigente internacional.

Crímenes contra el derecho de gentes

Crimen contra un Jefe de Estado extranjero o persona internacionalmente protegida:

- a) Atentado contra su vida.
- b) Atentado contra su salud o integridad física.
- c) Cualquier otro delito.
- d) Violación de la inmunidad personal.

Genocidio

Crimen de genocidio:

- a) Matanza de miembros del grupo.
- b) Agresión sexual a alguno de sus miembros o los lesionaren.
- c) Sometimiento intencional a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud, o les produzcan lesiones.
- d) Desplazamientos forzosos.
- e) Medidas destinadas a impedir nacimientos.
- f) Producir una lesión distinta de las anteriores.

²⁰⁷ Se trataría de la llamada «opt-out declaration».

Crímenes de Lesa humanidad

Crimen contra la humanidad (art. 7 E.C.P.I.):

1. Por pertenencia a grupo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, discapacidad u otro inaceptable según el D.I.
2. En el contexto de un régimen institucionalizado de opresión de un grupo racial sobre otro/s y con intención de mantener ese régimen.
 - a) Matar.
 - b) Violencia sexual.
 - c) Lesiones.
 - d) Sometimiento a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud.
 - e) Deportación o traslado forzoso de la población.
 - f) Desaparición forzada de personas.
 - g) Detención ilegal.
 - h) Tortura.
 - i) Esclavitud.

Delitos contra las personas y bienes en caso de conflicto armado

Crímenes cometidos con ocasión de conflicto armado y sobre las personas protegidas por el 608 C.P. Español:

- a) Maltrato de obra o poner en grave peligro la vida, salud o integridad.
- b) Tortura o tratos inhumanos.
- c) Someter a actos médicos.
- d) Empleo /orden de emplear medios de combate prohibidos.
- e) Realizar o ordenar ataques indiscriminados a la población civil o se pretenda aterrorizarla.
- f) Destruya o dañe buque o nave no militar de un adversario o neutral.
- g) Obligar a servir en las FF.AA. enemigas.

- h) Deportación o traslado forzoso.
- i) Traslado o asentamiento en territorio ocupado de población propia.
- j) Segregación racial u otros tratos inhumanos.
- k) Impedir o demorar la liberación o repatriación de prisioneros o civiles.
- l) Denegación de juicio justo.
- m) Agresión sexual.
- n) Violar la protección de zonas no defendidas.
- ñ) Ataque a personal sanitario o religioso.
- o) Denegación de asistencia médica.
- p) Uso indebido de signos protectores.
- q) Uso fraudulento de banderas o emblemas.
- r) Uso fraudulento de la bandera de parlamento o de rendición.
- s) Despojar de sus efectos a un cadáver, herido o enfermo.
- t) Produzca hambruna a la población civil como método de guerra.
- u) Viole suspensión de armas, armisticio o capitulación.
- v) Ataque a personal de las NN.UU. o su personal asociado.
- w) Ataque contra bienes culturales.
- x) Uso indebido de bienes culturales.
- y) Robo de bienes culturales.
- z) Ataque a bienes civiles.

Delito de piratería

Crimen de Piratería:

- a) Se apodere, dañe, destruya de la nave, aeronave o plataforma en el mar.
- b) Atente contra las personas o cargamento a bordo.
- c) Resistirse o desobedecer a autoridad militar en la detención.

Por último, señalar que una vez tipificadas las conductas punibles, el ECPI dispone las consecuencias jurídicas derivadas de las mismas (art. 77 ECPI) de forma respetuosa con el principio de legalidad de la pena (*nulla poena sine lege*) y dispone un mecanismo encargado de aplicar jurisdiccionalmente las normas penales internacionales a través del cual se llevará a la práctica tanto su actividad jurisdiccional (arts. 58 a 76 ECPI).

C) La responsabilidad penal individual

Como hemos expuesto supra, en el Derecho internacional la doctrina afirmó durante mucho tiempo que el único posible titular de derechos y obligaciones era el Estado, lo que reflejaba una situación real entonces imperante, al excluir al individuo de la personalidad internacional.

Cada vez más esta exclusión se encontraba contradicha por algunas situaciones individuales aisladas, pero aun prescindiendo de ellas, lo que no resultaba legítimo era sostener que, al no ser el hombre sujeto de las relaciones internacionales, forzosamente su papel era el de objeto de aquellas relaciones».²⁰⁸

Sin embargo en el Derecho internacional, el sujeto también era capaz de derechos y obligaciones, por un lado, y de legitimación activa y pasiva, por otro. Con el paso del tiempo otras entidades no estatales que, si bien no detentaban la categoría de sujetos internacionales, empezaron a tener relevancia internacional: los pueblos, los movimientos de liberación, beligerantes e insurrectos, las empresas transnacionales, las organizaciones internacionales no gubernamentales y el individuo.

Estas entidades, a pesar de no ser sujetos internacionales, en determinados casos y bajo determinadas circunstancias no sólo eran destinatarias de normas internacionales sino que podían y debían tener legitimación pasiva y activa. Por consiguiente, la aparición en la escena internacional de estos actores no estatales, en diferentes ámbitos, que en algunos casos puede ser considerada como trascendental, y obligó a los Estados a actuar ante problemas internacionales. Y, en este contexto, destaca la presencia del ser humano.

Al respecto MIAJA DE LA MUELA²⁰⁹ señaló que «la contraposición entre sujeto y objeto en la esfera jurídica, como dice LEGAZ, no es lógica, sino ética: significa esencialmente que el hombre, por su peculiar dignidad, no debe ser tratado como objeto de la relación de Derecho, pero ello no quiere decir que en cualquier tipo de relación jurídica el ser humano tenga que actuar como sujeto.

²⁰⁸ SCELLE, G. «Regles générales du Droit de lapaix» RCADI, t. 4 6 (1933), pág. 339 y ss.

²⁰⁹ MIAJA DE LA MUELA, A. «Introducción al Derecho internacional público», Atlas, Madrid, 1979, pág. 253.

En este contexto cabía la posibilidad de que la persona física fuera llevada ante órganos judiciales internacionales para responder por la violación de obligaciones internacionales; esto es, determinadas conductas punitivas individuales podían generar responsabilidad internacional y su autor responder directamente en el plano internacional, siempre que exista una jurisdicción internacional penal a tal efecto.²¹⁰

El Estatuto de Roma (ECPI) articula la responsabilidad internacional penal individual generada por la comisión de un hecho punible en su Parte III (arts. 22 a 33)¹¹, titulada «De los principios generales de Derecho penal». Esta Parte está integrada por «una serie de normas de nítido contenido penal material, cuyo alcance no se limita a la descripción de los crímenes de competencia de la Corte, sino que se extiende a la determinación de los principios garantísticos delimitadores del ejercicio del poder punitivo de la Corte, así como los presupuestos que fundamentan la responsabilidad de los sujetos sometidos a su jurisdicción, sin olvidar, además, la relación de penas aplicables».²¹¹

Atendiendo a este régimen de responsabilidad podemos afirmar que la comisión de delitos internacionales en sentido propio, en tanto que obedecen a la protección de intereses –bienes jurídicamente protegidos– de la sociedad internacional en su conjunto, generarían responsabilidad internacional penal individual, mientras que la comisión de delitos convencionalmente tipificados, genera responsabilidad para los Estados, como consecuencia de no haber adoptado éste las medidas necesarias para la observancia del Derecho internacional, pero en ningún caso generará responsabilidad internacional penal individual para el autor del mismo.

1.4. PRINCIPALES MANIFESTACIONES DEL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL EN EL DERECHO COMPARADO

1.4.1. EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD

Con la emergencia del Estado liberal surgió la doctrina de la soberanía absoluta sobre un determinado territorio, la cual llevaba indisolublemente aparejado el ejercicio de la misma sobre todos los residentes hasta los confines territoriales del Estado. Pero esta estricta visión del principio de territorialidad fue evolucionando al ponerse de relieve que el Estado necesita mantener relaciones con sus ciudadanos más allá de los límites geográficos; al mismo tiempo, se empezó a reconocer que ciertos actos producen efectos en el territorio nacional, aun cuando hayan acontecido en el extranjero. A partir de estas consideraciones se comienza a hablar de extraterritorial-

²¹⁰ VAN DER HEYDTE, R. «L'individu et les tribunaux internationaux», RCADI, t. 107 (1962), págs. 287 y ss.

²¹¹ LAURENZO COPELLO, P. «Hacia la Corte Penal Internacional, Crímenes contra la humanidad y genocidio», Ministerio del Interior, Madrid, 2000, pág. 36.

lidad de la ley penal y se trata de buscar vínculos que legitimen la competencia de la jurisdicción nacional en controversias con elementos extranjeros, más allá de los lazos tradicionales.

Como señala JESCHECK, cada Estado es soberano para decidir el ámbito del ejercicio del ius puniendi, lo que no obsta para que dicho ejercicio esté sujeto a determinados límites.²¹² El poder punitivo de cada Estado significa legitimación punitiva propia, en el sentido de que el Estado tiene la facultad, frente al delincuente y frente a los demás Estados, de ejercer la coacción jurídica mediante el Derecho penal en relación con una acción determinada. La existencia del poder punitivo del Estado constituye un presupuesto material necesario de la sentencia penal, puesto que sólo cabe ejercitar la coacción penal cuando la correspondiente acción se halla sometida al poder punitivo propio.

La concepción clásica del Derecho internacional, se expresa en la máxima *par in parem non habet imperium*, por la cual el principio de soberanía de los Estados permite excluir a otros Estados el ejercer su jurisdicción dentro de su territorio.²¹³

La jurisdicción estatal es ciertamente territorial en el sentido de que ²¹⁴ no puede ser ejercida por un Estado fuera de su territorio excepto en virtud de una norma que lo autorice derivada de la costumbre internacional o de una convención. Continua arraigada la idea de que la jurisdicción forma parte de la soberanía de cada Estado, y que son estos los que tienen, en su caso, la obligación y el Derecho, partiendo precisamente de la *iurisdictio*, de juzgar a sus nacionales ²¹⁵ cuando cometan cualquier tipo de infracción o delito de acuerdo con sus propios principios y leyes aun cuando el interés de protección para la dignidad humana y los derechos esenciales que de ella derivan puedan exceder fronteras. Es decir, la primera y principal limitación que impone el Derecho internacional sobre los Estados es que, a falta de una regla permisiva en contrario, un Estado no puede ejercer su poder de ninguna forma

²¹² JESCHECK, H.H. «Tratado de Derecho penal. Parte general,» (trad. de José Luis Manzanares Samaniego), Granada, Comares, 1993, pág. 9.

²¹³ Sobre este principio, ver CASSESE, A. «International Law». (Oxford University Press, U.S., 2001); ROBINSON, M «Foreword to The Princeton Principles on Universal Jurisdiction» (Stephen Macedo ed. Program in Law and Public Affairs, Princeton University, U.S. 2001)

²¹⁴ En cuanto a la subsidiariedad del principio de justicia universal frente al principio de territorialidad en España, diversas posturas doctrinales y a sí, en este sentido, LAMARCA PEREZ, C.: «El principio de justicia universal y la competencia de la jurisdicción española en los casos de Argentina y Chile», en L. A. ARROYO ZARATERO / I. BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE (Directores), Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, In Menoriam, vol. 1, Cuenca, 2001, pág. 1102; SANCHEZ LEGIDO, A.: «Jurisdicción universal penal y Derecho Internacional» Valencia, 2004, págs. 320-331. En contra, GIL GIL, A.: «Informes Nacionales», en Persecución Penal Nacional de Crímenes Internacionales en América Latina y España, de Kai Ambos y Ezequiel Malarino, Uruguay, 2003, pág. 359, para quien la legislación española no contiene ninguna disposición de la que pueda deducirse la subsidiariedad del principio de justicia universal.

²¹⁵ Así, JESCHECK, H. «Tratado de Derecho penal. Parte General. I». (Trad. Mir Puig-Muñoz Conde), Barcelona, 1981, pág.223.

en el territorio de otro Estado. En consecuencia, la jurisdicción universal se admite internacionalmente con carácter de excepción a la regla general de la territorialidad.

Ahora bien, en el contexto evolutivo del Derecho internacional expuesto en el epígrafe anterior, empieza a afianzarse la idea de la compatibilidad entre la noción arraigada de territorio y la aplicación extraterritorial de la jurisdicción estatal en ciertos supuestos, como primer paso hacia una verdadera jurisdicción internacional.

El punto de partida lo constituye la resolución dictada por la Corte Internacional de Justicia en su Sentencia del Caso Lotus ²¹⁶ de 1927 que determinó que era posible aplicar leyes de un Estado más allá de sus fronteras sin interferir en el ámbito jurídico y político de las relaciones internacionales, ya que el Derecho internacional puede regular también ya desde sus principios rectores ya desde las normas convencionales de los Tratados, la competencia (considerada aquí como sinónima de jurisdicción al modo del sistema anglosajón) de Estados respectivos tanto «*ratione territorium*» como «*ratione materiae*». Según se dispone en la Sentencia un Estado «*no puede ejercer su poder en forma alguna en el territorio de otro Estado. En este sentido, la competencia jurisdiccional es ciertamente territorial; no puede ejercerse por un Estado fuera de su territorio excepto en virtud de una regla permisiva que derive de la costumbre internacional o de un convenio*». La sentencia «Lotus» supuso un abandono de la doctrina sentada por Ulricus Huber (1636-1694). El jurista holandés había señalado a principios del siglo XVIII como «[...] regla general que la *lex loci* no prevalecerá, si a su aplicación le siguieran grandes problemas», refiriéndose expresamente a otros (Estados) soberanos.²¹⁷ Esta sentencia, fue objeto de grandes críticas ²¹⁸ en los años posteriores a su dictado.

²¹⁶ En este caso, La Corte señaló que los estados gozan de entera discreción para establecer su jurisdicción sobre cualquier hecho, aun cuando éste ocurra en el extranjero, siempre que no exista una regla específica que lo prohíba:

[...] la primera y principal limitación que impone el derecho internacional a los estados es que, a falta de una regla permisiva en contrario, un estado no puede ejercer de ninguna forma su poder en el territorio de otro estado. En este sentido, la jurisdicción es ciertamente territorial; ella no puede ser ejercida por un estado fuera de su territorio, excepto en virtud de una regla permisiva derivada de la costumbre internacional o de una convención.

De esto no se sigue, sin embargo, que el derecho internacional prohíba a los estados ejercer jurisdicción en su propio territorio con respecto a cualquier situación relacionada con hechos que ocurran en el extranjero. Una posición contraria sólo podría sostenerse si el derecho internacional impusiera sobre los estados una prohibición general de extender la aplicación de sus leyes y la jurisdicción de sus tribunales sobre las personas, los bienes y los actos que están fuera de su territorio y si como una excepción a esta prohibición general el derecho internacional permitiera a los estados hacerlo sólo en determinados casos. Pero, ciertamente, esto no es lo que ocurre en el derecho internacional, tal como éste se presenta hoy en día [...] Texto Completo en español del fallo Lotus (1927) Corte Permanente de Justicia Internacional, Ser. A, N.º 10

²¹⁷ HUBER, U. «De conflictu legum diversarum in diversis imperiis, in id., *prælectionum juris civilis*» tomos tres, Lipsae, 1707, pág. 538, reproducido y traducido al inglés en el anexo de la publicación de LORENZEN, Ernest (1947)», *Selected Articles on the Conflict of Laws*, New Haven» Yale University Press.

²¹⁸ Principalmente por LAUTERPACHT, H. «*International Law a Treatise*», Vol. I, London y Longmans, Green & Co., 7a ed. págs. 298 y ss.

Sin embargo la idea reiterada supra de que además del Estado, la persona individualmente considerada, es decir, el ciudadano, es también sujeto vinculado por el Derecho Internacional y responsable ante él y, en consecuencia, también por las obligaciones internacionales en materia de Derechos Humanos eleva el respeto a la dignidad humana a criterio interpretativo indispensable a la hora de cumplir las normas jurídicas internacionales en su conjunto y, por tanto, como señala CARRILLO SALCEDO,²¹⁹ se puede afirmar que los Estados no podrán impugnar la competencia de la Organización en materia de derechos humanos con la mera invocación del principio de no intervención en asuntos internos. Ello implica delimitar nítidamente la responsabilidad internacional de los Estados, por un lado, y la responsabilidad penal individual a nivel internacional que, aunque puede ser concurrente con la primera, es deducible por la comisión de injustos directamente imputables a personas.

El reconocimiento de estos intereses necesitados de protección internacional y el respeto a la dignidad humana constituye la fuente de legitimación del principio de justicia universal como excepción al principio básico de territorialidad de la ley penal.²²⁰ Para la aplicación de la ley penal en virtud de este principio es necesaria la concurrencia de un presupuesto fundamental: la naturaleza internacional del delito que se somete a este principio.²²¹

Por tanto, se trata de un instrumento que posibilita la persecución por cualquier Estado de hechos cometidos fuera de sus fronteras como miembro de la comunidad internacional,²²² por lo que podemos afirmar siguiendo a BARQUIN SANZ que la actuación de un Estado en virtud de este principio lo es en cierta manera como delegado de la soberanía supranacional y en nombre y representación de la comunidad internacional que es el primer titular de los derechos e intereses objeto de protección.²²³

²¹⁹ CARRILLO SALCEDO, J.A. «La criminalización de la barbarie». La Corte Penal Internacional, Madrid, 2000, Consejo General del Poder Judicial.

²²⁰ Entre otros, MIAJA DE LA MUELA, A. «Derecho internacional privado, II, Parte especial». Madrid, 1987, pág. 631 ss. ESPINAR VICENTE, J.M. / RUIZ ENRIQUEZ, C. «Derecho internacional privado español. Derecho penal internacional español», Granada, 1988, pág. 118. DIEZ SANCHEZ. El Derecho penal internacional (ámbito espacial de la ley penal), Madrid, 1990, pág. 174 y ss.

²²¹ Como señala SANCHEZ LEGIDO, A. «Jurisdicción universal penal y Derecho Internacional», Valencia, 2004, pág. 40, esto es lo que diferenciaría el principio de justicia universal con el principio de justicia supletoria.

²²² QUINTANO RIPOLLES, A. Tratado de derecho penal internacional e internacional penal, T. II, Madrid, 1957, pag. 95.

²²³ BARQUIN SANZ, J. «Universalidad de jurisdicción por delitos de carácter internacional». Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, 14, 1987, pág. 29.

Como señala PIGRAU SOLE, este principio permite tender hacia la configuración de un espacio universal de jurisdicción compartida y destinada a la persecución de determinados comportamientos delictivos.²²⁴

En un primer estadio, el principio de justicia universal se inspiró y fundamentó los casos Eichmann²²⁵, y Demjanjuk pero no ha sido hasta la década de los noventa, cuando las leyes estatales que disponen la jurisdicción universal de sus jueces y tribunales sobre los crímenes internacionales han comenzado a ser seriamente aplicadas a casos como los de Latinoamérica,²²⁶ Balcanes o Ruanda ²²⁷y la región de los Grandes Lagos.

Sin embargo, el principio de justicia universal, no es la única excepción al principio de territorialidad ²²⁸ como criterio general competencial. El denominado principio de nacionalidad, también llamado principio de personalidad activa, permite al Estado ejercer su jurisdicción sobre sus nacionales donde quiera que estos se encuentren, aun en el caso de que éstos hubieran perpetrado hechos ilícitos en el territorio de otro Estado.²²⁹ Si bien la aplicación de los principios de territorialidad y nacionalidad puede suscitar conflictos,²³⁰ su coexistencia

²²⁴ PIGRAU SOLE, A. «Elementos de Derecho Internacional Penal», en Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz, Madrid, Tecnos, 1997, pág. 148

²²⁵ SILVING, H «In re Eichmann – a Dilemma of Law and Morality», 1961 pág. 307 y ss.

²²⁶ Léase, por ejemplo, Ley de Punto Final, de Obediencia Debida o decretos de indulto en Argentina; las leyes de amnistía en Chile o El Salvador; o determinados aspectos de los Acuerdos de Paz de Guatemala. Leyes que, para los tribunales españoles –acogiendo precisamente principios desarrollados por la jurisprudencia latinoamericana (informes de la Comisión Interamericana sobre El Salvador y Argentina; sentencias de la Corte Interamericana como Barrios Altos, Almonacid, la Cantuta o Hermanas Serrano-Cruz, entre otras muchas; y resoluciones de otros tribunales nacionales del continente americano)– no fueron obstáculo para su enjuiciamiento por ser contrarias al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

²²⁷ Ver entre otras, la resolución judicial Auto del Juzgado Central de Instrucción n.º 4 de la Audiencia Nacional 21 enero 2008, que sintetiza en su investigación dicha dinámica presuntamente criminal, http://www.veritasrwandaforum.org/dossier/resol_auto_esp.pdf.

²²⁸ JESCHECK, H. «Tratado de Derecho Penal – Parte General», Granada, 1993 Comares (4a ed.), pág. 151 y ss.

²²⁹ LAMARCA PEREZ, C.: «El principio de justicia universal y la competencia de la jurisdicción española en los casos de Argentina y Chile», en L. A. ARROYO ZARATERO / I. BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE (Directores), Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, InMemoriam, vol. 1, Cuenca, 2001, pág. 1102; SANCHEZ LEGIDO, A.: Jurisdicción universal penal y Derecho Internacional, Valencia, 2004, págs. 320-331. En contra, GIL GIL, A.: «Informes Nacionales», en Persecución Penal Nacional de Crímenes Internacionales en América Latina y España, de Kai Ambos y Ezequiel Malarino, Uruguay, 2003, pág. 359, para quien la legislación española no contiene ninguna disposición de la que pueda deducirse la subsidiariedad del principio de justicia universal.

²³⁰ Las explicaciones sobre la implementación universal de este principio desde hace mucho tiempo han sido varias. Así, desde la perspectiva del «Harvard Research» en 1935, este principio es el resultado del principio que el tratamiento del estado hacia sus nacionales normalmente no es una cuestión que incumba a otros estados o que sea de Derecho internacional Público –HARVARD RESEARCH IN INTERNATIONAL LAW (1935), *op. cit.* nota 20, 519. Más allá de la concepción del estado, el profesor Jescheck opina que este principio se basa en la vieja concepción jurídica de que el estatuto jurídico de la persona se determina por su pertenencia a una tribu y se conserva permanentemente («leges ossibus inhaerent»)– JESCHECK (1993).

operativa, es decir, a la hora de determinar la competencia para dictar sentencia, responde a la pretensión de evitar la impunidad de quienes, tras delinquir en el extranjero, intentan escapar del lugar de la comisión del delito, refugiándose en el Estado de su nacionalidad al amparo de la norma de excepción que no permite la extradición de los propios ciudadanos nacionales.²³¹

Otra excepción a la territorialidad es el principio de protección, principio que cuenta de igual manera con una larga existencia,²³² y que permite al Estado castigar los hechos perpetrados fuera de sus límites territoriales, con independencia de la nacionalidad de su autor, siempre que estos lesionen sus intereses o afecten a la seguridad del Estado o al ejercicio de las prerrogativas del poder público.²³³ La coexistencia operativa con el principio de territorialidad responde a la necesidad de conceder competencia a un Estado en el caso de que vea amenazados intereses fundamentales, y que otro Estado, en cuyo territorio son perpetradas tales ofensas, no tome las medidas adecuadas.²³⁴

Como podemos observar, la principal diferencia entre el principio de justicia universal y el principio personal y el principio real o de protección radica en que los supuestos en los que el Estado extiende sus propias competencias más allá de sus fronteras son por motivos distintos a los que inspiran el principio de justicia universal.

Finalmente, el tercer principio, el de personalidad pasiva, faculta al Estado para perseguir los hechos perpetrados por no-nacionales fuera de su territorio cuando las víctimas de tales hechos sean sus ciudadanos nacionales. De la aplicación de este principio nació la controversia entre Francia y Turquía en el caso *Lotus*,²³⁵ pero no resolvió la esencia del proceso toda vez que, según el parecer de la Corte Permanente de Justicia Internacional el fundamento de la competencia de Turquía sobre el caso se fundamentaba en el principio de territorialidad y no de personalidad pasiva. Así, la Corte Permanente de Justicia en el caso *Lotus* observó «A la vista de que es en el alta mar, sobre este espacio ninguna Nación posee el derecho, ni el deber de vigilancia, se niega [al pirata] la protección del pabellón [...], y se le trata como a un bandido, como a un enemigo de toda la humanidad –hostis humani generis– a quien cualquier Nación, en el interés de todos, puede capturar y castigar».

²³¹ Como exponente de esta excepción a la extradición el Art. 6 párr. 1 inc. a) Convenio Europeo de Extradición de París de 13 de diciembre de 1957 –European Treaty Series [=E.T.S.], N.º 24– que establece la facultad de toda parte contratante de denegar la extradición de sus nacionales

²³² DONNEDIEU DE VABRES, H. «Les Principes Modernes du Droit Pénal International» Paris, 1928 Sirey, pág. 86.

²³³ CAMERON, I. «The Protective Principle of International Criminal Jurisdiction,» editorial Aldershot et Dartmouth 1994.

²³⁴ HARVARD RESEARCH IN INTERNATIONAL LAW (1935), *op. cit.* nota 20, pág. 552.

²³⁵ S.S. «*Lotus*», France v Turkey, Judgment, (1927) PCIJ Series A no 10, ICGJ 248 (PCIJ 1927), 7th September 1927, Permanent Court of International Justice.

De este modo, quedaba sin dar respuesta el «debate «sobre el principio competencial que el estudio del «Harvard Research in International in International Law» en 1935 describió de la siguiente manera: «La jurisdicción afirmada en el principio de la personalidad pasiva sin calificaciones se ha disputado más fuertemente que cualquier otro tipo de competencia».²³⁶

Hoy en día, no se reconoce este principio de forma general en crímenes ordinarios, sino más bien en casos específicos,²³⁷ tales como la tortura ²³⁸, ataques organizados contra ciudadanos por causa de su nacionalidad, casos de terrorismo internacional,²³⁹ así como de otros actos relacionados con el transporte aéreo²⁴⁰, ²⁴¹ drogas y de hechos perpetrados en buques en alta mar.²⁴²

²³⁶ HARVARD RESEARCH IN INTERNATIONAL LAW (1935), pág. 579

²³⁷ El artículo 5.1.c) del Convenio contra la Tortura, pese a atribuir la competencia por el principio de personalidad pasiva, no atribuye criterios de competencia distintos a los regulados por las leyes nacionales.

²³⁸ 127 Estados Parte de la Convención contra la Tortura convinieron en el Art. 5 Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes: «(1) Todo estado Parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos a que se refiere el artículo 4 en los siguientes casos: [...] (c) Cuando la víctima sea nacional de ese estado y éste lo considere apropiado» . El único estado que redactó una declaración sobre esta norma fue Austria: «(1) Austria establecerá su jurisdicción de acuerdo con el Artículo 5 de la Convención independiente de las leyes que se aplican en el lugar donde el hecho fue perpetrado, pero con respecto al párr. 1 inc. c), sólo en caso de que no se pueda esperar la persecución por un estado que tiene jurisdicción según el párr. 1 inc. a) o b)»

²³⁹ 45 Estados Parte convinieron en el Art. 6 del Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas cometidos con Bombas: «(2) Un estado Parte podrá también establecer su jurisdicción respecto a cualquiera de tales delitos cuando: (a) Sea cometido contra un nacional de ese estado». También el Art. 5 párr. 1 inc. d) Convención Internacional contra la Toma de Rehenes con 102 estados Parte, el Art. 3 párr. 1 inc. c) Convención para la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive Agentes Diplomáticos con 112 estados Parte, el Art. 7 párr. 2 inc. a) Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, el Art. 9 párr. 2 inc. a) del Proyecto de un Convenio Internacional para la Represión de los Actos de Terrorismo Nuclear. Para un análisis crítico sobre los esfuerzos por llegar a un consenso entre los estados sobre el fenómeno del terrorismo en el Derecho internacional Público ver DUGARD, J «Terrorism and International Law – Consensus at Last?» 1999.

²⁴⁰ 172 Estados Parte del Convenio sobre Infracciones y otros Actos cometidos a Bordo de Aeronaves reconocen expresamente en el Art. 4: «El estado contratante que no sea el de la matrícula no podrá perturbar el vuelo de una aeronave a fin de ejercer su jurisdicción penal sobre una infracción cometida a bordo más que en los casos siguientes: [...] (b) la infracción ha sido cometida por o contra un nacional de tal estado o una persona que tenga su residencia permanente en el mismo»

²⁴¹ Art. 6 párr. 2 inc. b) Convenio para la Supresión de Actos Ilegales contra la Seguridad de la Navegación Marítima con 57 estados Parte, en 1678 y Art. 3 párr. 2 inc. b) Protocolo para la Supresión de Actos Ilegales contra la Seguridad de Plataformas Fijas localizadas en la Plataforma Continental con 51 Estados Parte, en 1678.

²⁴² Así en un caso de 1984 que trataba de la muerte de agentes de la DEA en Colombia, el Tribunal de Apelaciones del Distrito de Florida concluyó que la competencia de enjuiciar a colombianos que habían disparado a los agentes era apropiada, tanto al principio de protección, como también al principio de personalidad pasiva –«U.S. v. Benitez», (17 September 1984) en 741 F.2d, 1312 (1317). Y en un caso de 1998 el Tribunal Federal de primera instancia de Louisiana decidió que la persecución en los de un empleado de un crucero bajo pabellón de Liberia que abusó sexualmente de un menor de nacionalidad americana mientras la nave estaba en el alta mar era un ejercicio ajustado a la competencia de personalidad pasiva– «U.S. v. Roberts», (6 April 1998)», en 1 F.Supp.2d, 601 (607). Sobre la práctica en los hasta 1993 cf. WATSON, Geoffrey (1993), The Passive Personality Principle, en 28 Texas International Law Journal, 1 (30 et seq.)

Es más, un análisis de los Estados miembros de la Unión Europea llevado a cabo en Gran Bretaña ²⁴³ e Irlanda, demuestra que a excepción de Alemania ²⁴⁴ y Finlandia, ²⁴⁵ que aplican un concepto amplio y de Francia, ²⁴⁶ Italia, ²⁴⁷ Bélgica, ²⁴⁸ Portugal ²⁴⁹ y Grecia ²⁵⁰ que siguen uno más restringido, los demás Estados miembros de la Unión Europea ²⁵¹ no han incorporado el principio de personalidad pasiva a su legislación.

En nuestro ordenamiento, y aunque en el capítulo segundo se analizará la evolución y transformación que el principio de jurisdicción universal ha sufrido desde el año 1985 hasta nuestros días, la norma que regulan la aplicación de la ley penal en el espacio en el ordenamiento jurídico español no se encuentran en el Código Penal, sino que se ubica en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985. Y en algunos Tratados Internacionales ratificados por España estableciendo criterios que determinan la competencia respecto de determinados delitos. ²⁵²

²⁴³ Así expresamente para el caso de homicidio, el Lord Bingham en el Auto del 28 de octubre de 1998 de la Sala «Queens Bench Division» del Tribunal Superior de Justicia en el caso «in re Augusto Pinochet Ugarte», reproducido en 38 International Legal Materials pág 68 .

²⁴⁴ Artículo 7 párr. 1 del Código Penal [=Strafgesetzbuch]; recogido en el estudio crítico de HENRICH, A. «Das Passive Personalitätsprinzip, Freiburg im Breisgau: iuscrim, passim.» 1994.

²⁴⁵ Art. 5, 11 inciso 1 del Código Penal.

²⁴⁶ Art. 113-7 Código Penal, aún con referencia expresa al principio ne bis in idem.

²⁴⁷ Art. 8 Código Penal; para un análisis el comentario de MANZIONE, Domenico (1997), en Padovani, Tullio, Codice Penale, Milano: Giuffrè, 49 y ss., como también la sentencia de la segunda Sala del Tribunal de jurados de Roma del 6 de diciembre de 2000 Corte di assise di Roma (n. 3402/92 R.G.N.R. - 1402/93 R.G.G.I.P.) sobre la muerte de ciudadanos italianos durante la dictadura militar en Argentina.

²⁴⁸ Art. 10 párr. 5 Código de Instrucción Criminal según el cual el estado de Bélgica es competente cuando el hecho perpetrado tenga una pena mínima de cinco años.

²⁴⁹ Art. 5 párr. 1 inc. c) y Art. 6 párr. 1 Código Penal Portugués, bajo la condición ne bis in idem y solamente cuando el autor se encontrara en el territorio del estado de Portugal, el hecho constituyera un crimen que admita la extradición y ésta no pudiera ser concedida.

²⁵⁰ Art. 7 párr. 1 Código Penal con relación a crímenes y Art. 7 párr. 2 y Art. 6 párr. 3 con relación a las faltas.

²⁵¹ Art. 64 y Art. 65 Código Penal sin que se mencione el principio de personalidad pasiva. España: Art. 23 Ley Orgánica del Poder Judicial sin que se mencione el principio de personalidad pasiva. Luxemburgo: Así expresamente el Art. 4 Código Penal Países Bajos: Art. 4 Código Penal sin que se mencione el principio de personalidad pasiva. Dinamarca: Capítulo 2, § 8 No. 3 Código Penal según el cual el estado de Dinamarca solamente es competente cuando el hecho se haya perpetrado en un territorio que no pertenezca a ningún estado. Suecia: Capítulo 2, § 3 número 6, 8 del Código Criminal, según el cual el estado de Suecia solamente es competente cuando el hecho bajo pena de no menos de cuatro años se haya perpetrado en un territorio que no pertenezca a un estado;

²⁵² Sobre la obligatoriedad en su cumplimiento, BACIGALUPO, E.: «Jurisdicción penal nacional y violaciones masivas de derechos humanos», en El Derecho Penal Internacional, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2001, p. 222. En contra de esta opinión: RODRIGUEZ RAMOS, L. / GIL DE LA FUENTE, J.: «Límites de la jurisdicción penal universal española», en La Ley, núm. 5788, de 26 de mayo de 2003, págs. 2-4, para quienes la cláusula del apartado g) del artículo 23.4 de la LOPJ no habilita para perseguir cualquier delito internacional, sino que realiza un reenvío a la normativa internacional que además ésta no otorga directamente, como en el caso del Convenio como la Tortura, la jurisdicción a los estados partes, sino que reenvía a su legislación interna; si, además ésta no tiene previsto el foro de competencia regulado en el

En nuestro ordenamiento como señala JIMENEZ DE ASSUA el *ius puniendi* se desarrolla fundamentalmente dentro de unos límites.²⁵³ Para BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE,» la cuestión del ámbito espacial y territorial de aplicación de la ley penal es, pues, una cuestión que los Estados deciden autónomamente, conforme a lo que se ha denominado el «principio de la competencia de los Estados sobre su competencia»²⁵⁴ Ahora bien, la territorialidad proclamada encuentra importantes excepciones, unas de derecho público interno, otras generadas en la naturaleza del acto y, finalmente, el resto fundadas en normas de Derecho público externo o internacional. En este sentido POLAINO NAVARRETE advierte que las normas jurídico penales no poseen un valor absoluto de eternidad o de vigencia ultraterrenal, sino que por el contrario, en el ejercicio del *ius puniendi* un Estado constitucionalmente definido como «democrático y de Derecho», está sometido a condicionamientos políticos y límites jurídicos que contribuyen esencialmente a decantar la realidad normativa de significación típica.²⁵⁵

ALMAGRO NOSETE señala que en la determinación del ámbito de aplicación del poder punitivo estatal deben respetarse ciertas reglas, evitando la atribución de un poder arbitrario o exorbitante, de modo que ningún Estado debería atribuirse un poder punitivo sin tener en cuenta si el supuesto fáctico guarda relación con sus propios intereses legítimos en cuanto a la administración de la justicia.²⁵⁶

En orden a su extensión y límites PEDRAZ PENALVA señala que «si la jurisdicción puede ser definida, con carácter general, como la ejercida con carácter exclusivo y excluyente por los jueces y tribunales, aplicando las normas jurídicas en todo tipo de procesos, juzgando de modo inmutable y ejecutando lo juzgado, ésta puede ser matizada en el orden jurisdiccional penal en el sentido de que en este ámbito a los órganos jurisdiccionales corresponde esencialmente la actuación del *ius puniendi* del Estado». Ello significa que, mientras

Tratado no puede ejercerse dicha jurisdicción. Con lo que concluyen que España no sería competente para enjuiciar los delitos de torturas cometidos en Guatemala contra españoles, porque en la legislación interna española no está previsto el principio de personalidad pasiva; BUENO ARUS, F. / MIGUEL ZARAGOZA, J. de: Manual de Derecho Penal Internacional, Madrid, 2003, págs. 138, 145-146.

²⁵³ JIMENEZ DE ASSUA, L. «Tratado de Derecho penal. Tomo II. Filosofía y ley penal» Buenos Aires, Losada, 1964, pág. 717.

²⁵⁴ BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I. /ARROYO ZAPATERO, L. »Manual de Derecho penal. Parte General I. Instrumentos y principios básicos del Derecho penal» Barcelona, editorial Praxis, 1994, pág. 71.

²⁵⁵ POLAINO NAVARRETE, M. «Derecho penal. Parte general». Tomo I. Fundamentos científicos del Derecho penal, Barcelona, Bosch, 1984, pág. 444.

²⁵⁶ ALMAGRO NOSETE, J. «Los límites de la jurisdicción», en ALMAGRO/GIMENO/CORTES/MORENO, Derecho procesal. Tomo I (Vol. I). Parte General. Proceso Civil (1), 4ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1989, págs. 109-133, esp. pág. 112.

que el Derecho sustantivo encuentra su fundamento en el principio de culpabilidad, esa culpabilidad de hecho se determina sólo a través del proceso, es decir, a través de la aplicación jurisdiccional de las normas materiales.²⁵⁷

Por otro lado, CORTES DOMINGUEZ señala que «cuando un precepto de nuestro ordenamiento atribuye la competencia jurisdiccional a Juzgados o Tribunales españoles, está excluyendo de ese ámbito competencial todas aquellas materias que no tienen vinculación con la jurisdicción española según los nexos que se han enunciado.»

La regla general es que las leyes penales obligan a todos los residentes en territorio y a cualquier persona que cometa un ilícito penal en dicho territorio. La utilización de este criterio se funda tradicionalmente en el reconocimiento del territorio como un presupuesto o elemento esencial del Estado, indispensable para la existencia de un Estado como tal, o bien en su consideración de ámbito de validez espacial del orden jurídico de un Estado. Aunando estas dos posiciones, JELLINEK²⁵⁸ señala que el territorio, de un lado, es una parte del Estado, de modo que su actividad y su evolución únicamente puede tener lugar dentro de un espacio geográfico determinado y, al mismo tiempo, es el fundamento exterior para que el Estado pueda desplegar su autoridad sobre todos los individuos que están en su territorio.

Desde un punto de vista objetivo o espacial se ha sostenido que la noción penal de territorio es una noción jurídica y que en la misma se comprenden todos los lugares o espacios a los cuales se extiende la soberanía del Estado. MORILLAS CUEVA²⁵⁹ señala que el principio de territorialidad se identifica con el espacio geográfico sometido a soberanía del Estado, generalmente sin interferir en el territorio de otros Estados o sin aceptar la aplicación de leyes penales extranjeras en su territorio -matizado, en este sentido, por LUZON PEÑA la aplicación extraterritorial de la ley penal, por los supuestos de extradición o por la incipiente gestación de un Derecho penal internacional.²⁶⁰

QUINTANO RIPOLLES también subraya que el territorio constituye un elemento natural de sustentación del Estado que interesa al Derecho penal en cuanto «porción de superficie en la que un sistema jurídico-penal determinado tiene validez de exigencia procesal. Título

²⁵⁷ PEDRAZ PENALVA, E. «De la jurisdicción como competencia a la jurisdicción como órgano», en *Idem*, Constitución, jurisdicción y proceso, Madrid, Akal, 1990, págs. 43-58, pág. 58.

²⁵⁸ JELLINEK, G. «Teoría general del Estado» (trad. de Fernando de los Ríos Urruti), Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1914, pág. 177.

²⁵⁹ MORILLAS CUEVA, L. «Curso de Derecho penal español. Parte general», Madrid, Marcial Pons, 1996, pág. 120.

²⁶⁰ LUZON PEÑA, D.M. «Curso de Derecho penal. Parte general I», Madrid, Ed. Universitas, 1996, pág. 202.

y límite de la competencia, al mismo tiempo el territorio adquiere en el penal un sentido en parte más amplio y en parte más restringido que el que corresponde en lo político, como *sustratum* de soberanía, ya que caben en la materia acuerdos o disposiciones que así lo establezcan, sin precisión de coincidir exactamente con sus límites ordinarios».

El artículo 23.1 de la LOPJ en su redacción original por Ley 6/1985 de 1 de Julio regulaba el principio de territorialidad como primer criterio al establecer que la aplicación de la ley penal en el espacio con fundamento²⁶¹ en el principio de soberanía y como manifestación del *ius puniend*, acorde con los principios procesales de nuestra legislación.

También recogía el principio de personalidad activa, en su párrafo 2º mediante el cual España sería competente para juzgar hechos cometidos fuera de nuestras fronteras por españoles con subordinación al respeto del principio *ne bis in idem*, con la finalidad de evitar la impunidad que vendría dada por la existencia de un principio vigente en Derecho extradicional como es la no entrega de nacionales.

En tercer lugar, el artículo 23.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establecía la competencia de nuestros Tribunales el principio real o de protección de intereses. A través de este principio la ley penal española se aplicaría a los hechos cometidos fuera de nuestras fronteras, a nacionales y extranjeros por delitos susceptibles de calificarse con arreglo a algunas de las figuras recogidas, con carácter taxativo, en el artículo citado. El fundamento de la atribución de la competencia española para enjuiciar dichos hechos delictivos cometidos en el extranjero, era la protección de los intereses estatales españoles lesionados en el extranjero y su insuficiente protección por los ordenamientos extranjeros.

Finalmente, el cuarto criterio de atribución de la competencia previsto expresamente en el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial era el principio de justicia universal fundamentado en la protección de los intereses de la comunidad internacional²⁶² o como se-

²⁶¹ Sobre las razones que lleva a los estados a incluir en sus ordenamientos internos el principio de justicia universal, SANCHEZ LEGIDO, A. «Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional», Valencia, 2004, págs. 85-86.

²⁶² En este sentido el Voto Particular a la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003, al declarar que el hecho de que la comunidad internacinal reconozca al genocidio como un crimen internacional conlleva la jurisdicción universal sobre tal conducta delictiva; GOMEZ BENITEZ, J. M.: «El exterminio de grupos políticos en el Derecho penal internacional: entre el genocidio y los crímenes contra la humanidad», en Estudios Penales, 2001, p. 224; el mismo: «Jurisdicción universal por crímenes de guerra, contra la humanidad, genocidio y tortura», en Estudios Penales, 2001, págs. 236-238, para quien el principio de justicia universal se debe derivar directamente y necesariamente de la naturaleza de *ius cogens* del crimen internacional. En sentido contrario, BUENO ARUS, F. / MIGUEL ZARAGOZA, J. De «Manual de Derecho Penal Internacional» Madrid, 2003, págs. 141-142, quienes opinan que para afirmar que una infracción constituye un delito internacional, y por lo tanto someterlo al principio de justicia

ñaló GARCIA ARAN al apuntar que «el núcleo duro del fundamento del principio universal lo constituyen la lesión de bienes jurídicos pertenecientes al orden internacional como son los derechos humanos cuando se lesionan por el Estado y, precisamente por ello, necesitan de la intervención de la comunidad internacional porque el Estado del territorio en que se han cometido no los persigue o no puede perseguirlos»²⁶³

Por último, la Corte Internacional de Justicia,²⁶⁴ ha venido exigiendo como criterio para atribuir la competencia un «vínculo auténtico»,²⁶⁵ «sustancial y de bona fide»,²⁶⁶ «legítimo»²⁶⁷ o un «contacto significativo»²⁶⁸ entre el Estado y el hecho ocurrido fuera de sus límites territoriales, objeto de la extensión de su poder estatal. Pese a los esfuerzos realizados y dirigidos a delimitar el ejercicio del poder discrecional, y los conflictos de competencia, todavía siguen existiendo numerosos inconvenientes y dudas a la hora de determinar competencias.²⁶⁹

Así, el contenido material de las condiciones delimitadoras del margen de discrecionalidad continúa siendo el punto central de controversias. En palabras del profesor MANN, el problema de la competencia, propiamente definido, «implica la búsqueda del Estado (o de los Estados) cuyo contacto con los hechos sea tal, que la asignación de la competencia se entienda como justa y razonable».²⁷⁰ y teniendo en cuenta que cada uno de los Estados según la profesora francesa BRIGITTE STERN «tienen una suma de intereses idénticos y

universal, no es suficiente con que afecte a bienes de la comunidad internacional o sean contrarios al ius cogens, si no que es preciso además que exista algún elemento de internacionalidad, como que dicho delito implique por sus efectos a más de un estado. Todo ello apoyándose en el Convenio de Naciones Unidas contra la criminalidad transnacional organizada de 15 de noviembre de 2000 y en el Convenio sobre atentados terroristas cometidos con explosivos. En un sentido similar también PALOMO DEL ARCO, A.: «La aplicación extraterritorial de la ley penal española», en Cuadernos de Derecho Judicial, núm. IX, 1999, págs. 139-140; SANCHEZ LEGIDO, A.: «Jurisdicción Universal Penal y Derecho Internacional», Valencia, 2004, págs. 66-74. En este mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003.

²⁶³ GARCIA ARAN, M. «Crimen Internacional y Jurisdicción Universal», Valencia, 2000, págs. 71-73. En similar sentido, también ha apuntado dicho fundamento del principio de universalidad SANCHEZ LEGIDO, A.: Jurisdicción universal penal y Derecho Internacional, Valencia, 2004, págs. 44, 54-56, 58-66.

²⁶⁴ I.C.J. REPORTS 1955, «Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala), 2nd Phase», Judgment, 6 April 1955. I.C.J. REPORTS 1958, «Application of the Convention of 1902 governing the Guardianship of Infants (Netherlands v. Sweden)», Judgment, 28 November 1958.

²⁶⁵ MANN (1985), con referencia al voto de Sir Fitzmaurice y . nota 6, 49 refiriéndose al caso Nottebohm.

²⁶⁶ TOMUSCHAT, C.H. «Issues Of Universal.....»(2001), obra citada pag 196.

²⁶⁷ BROWNLIE, «Sobre los últimos dos principios básicos del Derecho internacional Público» 1998, pag. 313.

²⁶⁸ DELBRÜCK, G/WOLFRUM, R, «Völkerrecht» 1898 Vol. I/1 (die Grundlagen: die Völkerrechtssubjekte), Berlin/New York: de Gruyter (2a ed.), pag 321.

²⁶⁹ En este sentido EUROPEAN COMMITTEE ON CRIME PROBLEMS (1990), «Extraterritorial Criminal Jurisdiction», Strasbourg: Council of Europe, 31.

²⁷⁰ BROWNLIE «Sobre los últimos dos principios básicos del Derecho internacional Público» 1998, pag. 303.

propios,²⁷¹ la competencia puede venir atribuida a varios Estados distintos del lugar de comisión al amparo de Tratados internacionales que permitan a cada Estado extender su poder fuera de sus límites territoriales en ciertos casos como de terrorismo internacional,²⁷² casos relacionados con materia nuclear,²⁷³ la toma de rehenes,²⁷⁴ personas internacionalmente protegidas,²⁷⁵ aviación ²⁷⁶ y transporte marítimo, ²⁷⁷entre otros, lo que en la práctica crea verdaderos conflictos internacionales.²⁷⁸

En el plano de los delitos transnacionales,²⁷⁹ con el terrorismo yihadista amenazando y destruyendo de forma masiva intereses comunes de la sociedad internacional, se plantea un problema interesantísimo que sólo dejó enunciado en orden a la competencia para el enjuiciamiento.

²⁷¹ STERN, B. «La Compétence Universelle» en France: le cas de crimes en ex-Yugoslavie et au Rwanda» 40 GER, 1997, págs. 280 y ss.

²⁷² Art. 6 del Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas cometidos con Bombas «4. Cada estado Parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos enunciados en el artículo 2, en los casos en que el presunto delincuente se halle en su territorio y dicho estado no conceda la extradición a ninguno de los estados Parte que hayan establecido su jurisdicción de conformidad con los párrafos 1 o 2». Cf. también el texto revisado del Art. 6 párr. 3 y 4 del Proyecto de una Convención General sobre el Terrorismo Internacional sin que estado alguno se hubiera opuesto hasta ahora a esta redacción.

²⁷³ Art. 8 párr. 2 Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares con 69 estados Parte, también Art. 9 párr. 4 del Proyecto de un Convenio internacional para la Represión de los Actos de Terrorismo Nuclear.

²⁷⁴ Art. 5 párr. 2 Convención Internacional contra la Toma de Rehenes.

²⁷⁵ Art. 3 párr. 2 Convención para la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive Agentes Diplomáticos.

²⁷⁶ Art. 4 párr. 2 y Art. 7 Convención de La Haya de 1970 sobre la Supresión del Secuestro Ilegal de Aeronaves, con 174 estados Parte (el último contiene la obligación expresa de perseguir si no se extradita al autor), como también en este sentido Art. 5 párr. 2 y Art. 7 Convención para la Supresión de Actos Ilegales contra la Seguridad de la Aviación Civil, con 175 estados Parte y Art. III Protocolo para Supresión del Secuestro Ilegal de Aeronaves, con 107 estados Parte.

²⁷⁷ Art. 6 párr. 4 Convenio para la Supresión de Actos Ilegales contra la Seguridad de la Navegación Marítima. En el caso de plataformas sobre la plataforma continental cf. Art. 3 párr. 2 Protocolo para la Supresión de Actos Ilegales contra la Seguridad de Plataformas Fijas Localizadas en la Plataforma Continental.

²⁷⁸ Otras materias son el tráfico ilícito de estupefacientes en la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, con 163 estados Parte, Para el caso del fenómeno del «Crí- men organizado» el Art. 15 párr. 4 y 5 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional con 5 estados Parte.

²⁷⁹ MATINEZ GUERRA, A. «La reforma de la moleta jurisdicción universal y sus consecuencias primeras. Revista en Cultura de la Legalidad N° 7, septiembre 2014 – febrero 2015, págs. 117-142 diferencia entre los delitos transnacionales en los que se articulan mecanismos de cooperación y colaboración judicial. En el caso de la Unión Europea (UE) estos se han visto reforzados con medidas e iniciativas de carácter supra-regional que han ido completando y concretando las obligaciones impuestas en Tratados y Convenios internacionales para los estados Miembros. A nivel europeo, se ha impuesto la creación de un marco común de armonización de tipos penales transfronterizos con la finalidad de hacer más efectiva la lucha ad intra, pero también buscando favorecer la cooperación con terceros países. El segundo grupo de delitos perseguibles por aplicación del principio de jurisdicción universal del art. 23.4 LOPJ son los delitos de Derecho penal internacional, es decir el genocidio, los delitos contra personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, tortura, los crímenes de lesa humanidad y sus diversas modalidades.

¿Qué ocurre en los casos, en que varios individuos atacan indistintamente bienes jurídicos ubicados en distintos países a través de diversas acciones delictivas, ocultándose posteriormente en otro país ajeno a las actividades comunes de ellos?

Son tres los criterios que tradicionalmente se siguen a la hora de determinar la competencia del Estado, el criterio de la territorialidad absoluta, el de la extraterritorialidad absoluta y el de la territorialidad relativa.²⁸⁰

El primero defiende la idea de que los Estados deben defenderse únicamente de los delitos cometidos en su territorio, sin considerar la nacionalidad de ninguno de los sujetos involucrados. Con este criterio solamente se podrían atacar el actuar criminal en ese país dejando impune parcialmente a los delincuentes y rompiendo el vínculo entre gravedad de las acciones u omisiones socialmente peligrosas y la pena a sufrir por ellas.

En cambio si se aplica el de extraterritorialidad como señala RODRIGUEZ GARCIA «estaríamos, más que resolviendo un problema, creando otro adicional, pues si bien cumple con el principio de jurisdicción universal, provoca fricciones por lo general entre los Estados afectados por estos delitos, en el sentido que como tienen normativas diversas que afectan la colaboración policial, permitiendo que escapen de la justicia los criminales que se hallen en situaciones que merecen la represión penal.» A su entender esta extraterritorialidad asume dos posiciones, la de personalidad de los autores y la de protección»²⁸¹

El criterio de la territorialidad relativa, permite la persecución por los hechos cometidos en el territorio nacional, pero con posibilidades de perseguir los delitos fuera del territorio ante determinados supuestos determinados en la ley nacional y los tratados internacionales. Criterio que a mi juicio, parece el más acertado pues trata de soslayar las contradicciones que pudiera haber entre las leyes de diversos países y las normativas contenidas en convenios firmados al respecto.

Como ha señalado el Tribunal Supremo en la sentencia dictada el 23 de febrero de 2005 sobre el llamado «caso Guatemala por genocidio», «ningún Estado en particular está en la posición de establecer orden unilateralmente... en contra de cualquiera y de todo el mundo»²⁸². Esta máxima obliga a una forma nueva de lucha contra la criminalidad estableciendo acciones colectivas o multilaterales.

²⁸⁰ QUIROS PEREZ, R. «Manual de Derecho Penal». Ed. FELIX VARELA. La Habana 2002. Pág. 55

²⁸¹ RODRIGUEZ GARCIA, M. «Los delitos transnacionales» M, Revista electrónica de ámbito jurídico.com. br, pág. 3.

²⁸² Sentencia sobre el caso Guatemala por genocidio, Sentencia No. 327/2003, Tribunal Supremo de España, Sala de lo Penal, 25 de febrero de 2003.

En palabras de CORRELL, «un conocimiento sólido del Derecho internacional, sus principios y espíritu, es la mejor protección que la humanidad puede crear para un mejor mundo.»²⁸³

1.4.2. PRINCIPALES REGULACIONES

A) En **Latinoamérica** son varias las legislaciones que establecen el principio de justicia universal y así:

En Perú, durante el gobierno de Alberto Fujimori se aprobaron leyes de amnistía, como la ley n. 26479 (de amnistía general a personal militar, policial y civil para diversos casos) y la ley n. 26492 (de interpretación y alcances de amnistía otorgada por la ley n. 26479), a fin de evitar el enjuiciamiento de todos aquellos comprometidos en graves violaciones a los derechos humanos.

Después de finalizado el conflicto interno y durante el gobierno de Alberto Fujimori,²⁸⁴ se dieron algunas medidas que intentaron, en ciertos casos, asegurar la impunidad de quienes habían participado en la lucha contrasubversiva –leyes de amnistía– o, en otros, promover la pacificación del país a través de los indultos.

En el año 1995, a raíz del crimen de Barrios Altos, se inició una investigación de dicho incidente en la cual se incluyó a los miembros del llamado Grupo Colina. Sin embargo, la persecución y sanción de este hecho no fue entonces posible debido a la aprobación por el Congreso de la República de la Ley de Amnistía n. 26479, el 14 de junio de 1995, cuyo artículo 1º en términos exactos, establecía:

«Concédase amnistía general al personal militar, policial o civil, cualquiera fuere su situación militar o policial o funcional correspondiente, que se encuentre denunciado, investigado, encausado, procesado o condenado por delitos comunes y militares, en los fueros común o privativo militar, respectivamente, por todos los hechos derivados u originados con ocasión o como consecuencia de la lucha contra el terrorismo y que pudieran haber sido cometidos en forma individual o en grupo desde mayo de 1980 hasta la fecha de promulgación de la presente ley».

²⁸³ CORRELL, H. «An appeal to the deans of law schools worldwide». United Nations Publications 2000.

²⁸⁴ No obstante, se puede mencionar el proceso penal instaurado contra el ex presidente Alberto Fujimori, quien actualmente enfrenta cargos por la comisión de delitos de lesa humanidad, entre otros, cometidos durante su gobierno. Este procesamiento se hizo posible tras la emisión del fallo de la Corte Suprema de Justicia Chilena que concedió la extradición de Fujimori al Perú para su sometimiento a la justicia peruana por delitos de lesa humanidad y de corrupción cometidos durante su gobierno.

Asimismo, en su artículo 6.o la misma ley señalaba: «Los hechos o delitos comprendidos en la presente amnistía, así como los sobreseimientos definitivos y las absoluciones, no son susceptibles de investigación, pesquisa o sumario; quedando, todos los casos judiciales, en trámite o en ejecución, archivados definitivamente».

No obstante la aprobación de esta ley, la juez Antonia Saquicuray la inaplicó por ser inconstitucional y por contravenir las obligaciones internacionales que la Convención Americana establecía. La Corte Interamericana manifestó que resultaban inadmisibles las disposiciones de amnistía, prescripción y establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendiesen impedir la investigación y sanción de los responsables, por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho internacional de los derechos humanos. De este modo, con base en la incompatibilidad de las leyes de auto amnistía y la Convención Americana de Derechos Humanos, el tribunal declaró inconstitucionales tales leyes, lo que posteriormente originó múltiples pronunciamientos al respecto por parte de los tribunales nacionales.²⁸⁵

Esta decisión llevó a que el Congreso promulgara el 21 de junio de 1995 la ley n. 26492, que no hacía más que interpretar y dar los alcances de la amnistía otorgada por la ley anterior.²⁸⁶

²⁸⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 14 de marzo de 2001, caso Barrios Altos, párrafo 41. Asimismo, resulta pertinente agregar el íntegro del párrafo 43, en la cual la Corte desarrolla lo planteado en el párrafo anterior: «La Corte estima necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención. Es por ello que los estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a los derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente».

²⁸⁶ La presente ley tuvo su fuente en el Decreto Supremo n.º 062-2004-PCM, en que se aprueba el marco programático de la acción del estado en materia de paz, reparación y reconciliación nacional, publicado el 27 de agosto de 2004. En ella se reconoce como marco programático de la acción del estado en materia de reparaciones integrales los siguientes ejes: restitución de derechos ciudadanos, reparaciones en educación, reparaciones en salud, reparaciones colectivas y reparaciones simbólicas, como pase para la formulación, coordinación, seguimiento, monitoreo y ajuste del Plan Integral de Reparaciones. Incluye además, como medida y beneficio complementario, la promoción y facilitación del acceso a una solución habitacional en el marco del Plan Nacional de Vivienda, como base. Finalmente, encarga a la Comisión Multisectorial de Alto Nivel encargada de las acciones y políticas del estado en los ámbitos de la paz, la reparación colectiva y la reconciliación nacional, la preparación y publicación del texto único concordado del Marco Programático y de la programación multianual de las acciones del estado para el periodo 2005-2006, en un plazo de 60 días.

Actualmente en el Art. 2º.5 del Código Penal de Perú de 3 de abril de 1991 se hace referencia al principio de universalidad pero de manera muy general, es decir, se remite a establecer la obligación de reprimir los delitos en base a los tratados internacionales, con independencia al lugar donde se cometió el delito o la nacionalidad del agente o la víctima. Este principio tiene carácter subsidiario en nuestra legislación ya que la primacía la tiene el principio de territorialidad. Respecto a los instrumentos internacionales en los que Perú es parte podemos citar a la Convención contra la, Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, la Convención Interamericana para Prevenir y sancionar la Tortura, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, la Convención Americana de Derechos Humanos, etc.

México, igualmente recoge el principio de territorialidad como fundamento del ejercicio punitivo del Estado, y el de jurisdicción universal no se encuentra regulado por ninguna disposición en su conjunto del ordenamiento jurídico de este país. Pero sí se hace referencia al principio de extraterritorialidad regulándolo en el Art 4 del Código Penal Federal, de 14 de agosto de 1931 (modificado posteriormente) de los que se desprende que el ejercicio de la extraterritorialidad va de la mano con los principios de personalidad activa y pasiva. Asimismo respecto de los crímenes internacionales el Art. dispone que «cuando se cometa un delito no previsto en este Código, pero sí en una ley especial o en un tratado internacional de observancia obligatoria en México, se aplicarán estos, tomando en cuenta las disposiciones del Libro Primero del presente Código, y en su caso del Libro Segundo(...)».²⁸⁷

Colombia, el Código Penal de 24 de julio de 2000, en su Art.16º consagra de manera general las posibilidades de ejercer jurisdicción extraterritorial, se entremezclan el principio de defensa, el personal y el universal. Así en el inciso 6 de dicho artículo, en referencia al principio de universalidad expresa que «se puede castigar al extranjero que haya cometido en el exterior un delito en perjuicio de extranjero», si que se cumplen los siguientes requisitos: que el agente se halle en territorio colombiano, que el delito tenga señalada en Colombia pena privativa de la libertad un mínimo de tres años, que no se trate de delito político y que, solicitada la extradición ésta no haya sido concedida por el gobierno colombiano, caso en el cual, la norma consagra que habrá lugar al proceso penal.

Uruguay, el Art.10º del Código Penal Uruguayo de 4 de diciembre de 1933, dispone: «Se sustraen a la aplicación de la ley uruguaya, los delitos cometidos por nacionales o extranjeros en territorio extranjero, con las siguientes excepciones....»

²⁸⁷ México aplicó el concepto de jurisdicción universal para extraditar a Miguel Cavallo acusada de crímenes de lesa humanidad durante la dictadura de 1976 a 1983 en Argentina, a petición del Juez Baltasar Garzón para extraditarlo a España, en esta oportunidad el magistrado Jesús Guadalupe Luna aprobó la extradición de Cavallo refiriéndose a las obligaciones asumidas por México en temas de derechos humanos.

Todos los demás delitos sometidos a la ley uruguaya en virtud de disposiciones especiales de orden interno, o de convenios internacionales...» el fundamento teórico de este precepto se basa en la extrema gravedad de ciertas conductas que ofenden la conciencia de la humanidad por lesionar intereses superiores a los particulares o los de los Estados²⁸⁸

En **Venezuela**, el principio de justicia universal está consagrado en el Art.4º incisos 9, 10 y 13 de su ley penal de 28 de marzo de 2000, el cual establece : «Están sujetos a enjuiciamiento en Venezuela y se castigaran de conformidad a la ley penal venezolana: ...los venezolanos o extranjeros venidos a la República, que en alta mar, cometan actos de piratería u otros delitos de los que el Derecho Internacional califica de atroces y contra la humanidad; menos en el caso de que por ellos hubieran sido ya juzgados en otro país y cumplido la condena.

Aquí se permite la aplicación de la legislación venezolana a delitos calificados «contra la humanidad» por el Derecho internacional lo cual implica que también esté previsto en la legislación venezolana o haya un tipo que le corresponda²⁸⁹, así como « a los venezolanos que, dentro o fuera, de la República tomen parte en la trata de esclavos.» «Los Jefes, Oficiales, y demás individuos de un ejército, en razón de los hechos punibles que cometan en marcha por territorio extranjero neutral, contra los habitantes del mismo.»

En **Chile**, el Código Penal de 12 de noviembre de 1874, no establece mayores referencias al principio de universalidad, sólo en su Art. 6º se estipula que: «Los crímenes o simples delitos perpetrados fuera del territorio de la República por chilenos o por extranjeros, no serán castigados en Chile sino en los casos determinados por la ley.»

Mientras que en el Código Orgánico de Tribunales en su Art. dispone que: «Quedan sometidos a la jurisdicción chilena los crímenes y simples delitos perpetrados fuera del territorio de la República que a continuación se indican...». Y los artículos 7 y 8 respecto de la jurisdicción universal recogen específicamente, «La piratería» y «Los comprendidos en los tratados celebrados con otras potencias».

Pese a ello, no se han perseguido en el país crímenes internacionales en el estricto sentido del término. Los numerosos procesos que han tenido lugar fueron o son substanciados subsumiendo los hechos en delitos comunes, dada la falta de casi todos los tipos existentes en el Derecho externo. Sin embargo, en no pocos casos tales delitos comunes han sido exa-

²⁸⁸ GONZALEZ G., J.L. «Informes Nacionales» en AMBOS, Kai y MALARINO Ezequiel.. pág. 508.

²⁸⁹ MODOLELL, J.L. «Informes Nacionales», en AMBOS, Kai y MALARINO Ezequiel. pág. 548.

minados por la jurisprudencia bajo la óptica de los crímenes internacionales que los acogerían, de contar el país con una tipificación satisfactoria, acudiendo directamente a las normas supraestatales que vienen a cuento.

El punto de arranque de los fallos, que forman hoy un conjunto relativamente nutrido, ha sido siempre el mismo, a saber, el problema de la aplicabilidad o inaplicabilidad del decreto ley 2191, de 19 de abril de 1978,²⁹⁰ así como del instituto de la prescripción de la acción penal a los dolorosos casos de los llamados detenidos-desaparecidos, muchos de los cuales se remontan a las primeras semanas del gobierno militar. Esta línea interpretativa ha acabado por reconocer que el Derecho internacional penal de hoy interdice al legislador el uso de medios jurídicos que comporten la impunidad de las más graves ofensas contra derechos fundamentales del individuo, y a los jueces, aplicarlos.

En **Argentina**, se incorpora el principio de universalidad en la legislación argentina, directamente por vía constitucional para tratar sólo los delitos previstos en el Derecho penal internacional. Así el Art.118° declara: «Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del despacho de acusación concedido en la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiera cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el derecho de gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio.»

²⁹⁰ Desde 1995 el Parlamento ha conocido tres proyectos de ley orientados, ya a extender la aplicación del decreto-ley 2191, de 19 de abril de 1978 (cuyo artículo 1.º concedió amnistía a «todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores, hayan incurrido en hechos delictuosos, durante la vigencia de la situación de estado de Sitio comprendida entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, siempre que no se encuentren actualmente sometidas a proceso o condenadas») mediante una interpretación auténtica posterior, con el objeto de impedir la prosecución de las investigaciones en los procesos pendientes y sobreseerlos de inmediato, ya a conceder una nueva amnistía a los autores de delitos cometidos entre esa fecha y marzo de 1990, época del término del régimen militar. Con solo una excepción, dichos proyectos fueron presentados por parlamentarios adictos al último. Pueden consultarse en los Boletines números 1622-07, 1632-07 y 1657-07 de la Cámara de Diputados. Todos fueron retirados. Se opuso a ellos un proyecto gubernamental, hoy archivado, con el que se buscó asegurar que la «amnistía al revés» del régimen pudiese significar plazos para llevar a término las investigaciones de los delitos correspondientes y frustrar así el establecimiento de la verdad individual respecto de lo ocurrido con los detenidos-desaparecidos. Véase el Boletín número 3983-07. Y es verdad que durante algún tiempo tales procesos arriesgaron convertirse en meros «juicios de la verdad», seguidos de la aplicación mecánica de la amnistía. Sin embargo, la jurisprudencia, sobre todo la de los tribunales superiores, desde 1998 ha denegado en la gran mayoría de las causas dar vigencia al cuestionado decreto-ley, por considerarlo incompatible con las obligaciones internacionales del estado de Chile en materia de crímenes de guerra. Semejante inteligencia no deja espacio para pseudojuicios sobre la verdad. Con todo, un proyecto senatorial de 2005 quiso reducir a diez años las penas impuestas o por imponer a agentes del estado que se hicieron reos de delitos contra la vida, la salud individual y la libertad ambulatoria entre marzo de 1978 y marzo de 1990 (o sea, de nuevo el período no cubierto por la autoamnistía de 1978), remitiéndoselas condicionalmente a los condenados septuagenarios o valetudinarios. Fue rechazado.

Dentro del primer conjunto de medidas adoptado por el Estado argentino tras el regreso del régimen democrático corresponde ubicar la sanción de la ley impugnatoria de condenas de tribunales militares (ley 23042),²⁹¹ la ley modificatoria del Código de Justicia Militar (ley 23049),²⁹² la ley modificatoria del cómputo de penas para quienes hubiesen estado detenidos, con sentencia firme o no, durante el período dictatorial (ley 23070),²⁹³ la ley de defensa de la democracia (ley 23077)²⁹⁴ y la ley que agravó la pena del delito de tortura –equiparándola a la del homicidio simple– (ley 23097).

En Argentina tampoco existen tipos penales específicos de crímenes internacionales, pero de la jurisprudencia se puede percibir que no existiría obstáculo para el ejercicio de la jurisdicción universal; La misma Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso Perú (fallo del 23/2/1995) ha rechazado el juzgamiento en Argentina de delitos cometidos en Chile, no con el argumento de que en el país no existen tipificaciones específicas de crímenes internacionales, sino porque los hechos concretos del caso no se trataban de «delitos contra el derecho de gentes». En el caso de que sí se hubieran tratado de delitos contra el derechos de gentes, la Corte Suprema habría debido plantearse bajo qué tipos penales juzgaría los hechos»

²⁹¹ Mediante la sanción de esta ley se dispuso que todas las condenas, aun aquellas con sentencia firme, dictadas por tribunales militares respecto de civiles, podían ser impugnadas conforme a las normas del Código de Procedimientos en Materia Penal.

²⁹² El artículo 10 de esta ley dejó expresamente en manos del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas, mediante el procedimiento sumario del Código de Justicia Militar, el conocimiento de los delitos que le «resulten imputables al personal militar de las Fuerzas Armadas, y al personal de las Fuerzas de seguridad, policial y penitenciario bajo control operacional de las Fuerzas Armadas y que actuó desde el 24 de marzo de 1976 hasta el 26 de septiembre de 1983 en las operaciones emprendidas con el motivo alegado de reprimir el terrorismo». La ley también estipuló que «cumplidos seis meses de la iniciación de las actuaciones, el Consejo Supremo dentro de los cinco días siguientes informará a la Cámara Federal los motivos que hayan impedido su conclusión». En el último párrafo del mismo artículo se previó que «si la Cámara advirtiese una demora injustificada o negligencia en la tramitación del juicio asumirá el conocimiento del proceso cualquiera sea el estado en que se encuentren los autos».

²⁹³ Específicamente, la ley estipuló que en el lapso en que se desarrolló el gobierno de facto, y a todos los efectos legales, se computará por cada dos días de prisión, reclusión o prisión preventiva, tres de prisión, reclusión o prisión preventiva (artículo 1).

²⁹⁴ Como puede inferirse de su nombre, esta ley estuvo orientada a afirmar el valor de la democracia. Entre sus prescripciones se destacan la modificación de la expresión rebelión por la de atentados al orden constitucional y a la vida democrática del acápite del capítulo I del título X del libro II del Código Penal (artículo 5), el agravamiento de la escala penal de esta figura (artículo 6), la creación del tipo penal del artículo 227 bis del Código penal, que expresamente establece que «[s]erán reprimidos con las penas establecidas en el artículo 215 para los traidores a la patria, con la disminución del artículo 46, los miembros de alguno de los tres poderes del estado nacional o las provincias que consintieran la consumación de los hechos descritos en el artículo 226, continuando en sus funciones o asumiéndolas luego de modificada por la fuerza la Constitución o depuesto alguno de los poderes públicos, o haciendo cumplir las medidas dispuestas por quienes usurpen tales poderes» (artículo 8) y la suspensión del curso de la acción penal correspondiente a los delitos de atentado contra el orden constitucional hasta el restablecimiento de tal orden (artículo 9). Una visión crítica de la eficacia de esta norma en relación con el objetivo perseguido a través de su sanción en MARCELO SANCINETTI, M. en *Derechos humanos en la Argentina post-dictatorial*, Buenos Aires: Lerner, 1988, págs. 19-20).

En **Bolivia**, el principio de justicia universal está contemplado en el Art.1º.7 del Código Penal de 23 de agosto de 1972, que dice: «Este Código se aplicará: ... 7) A los delitos que por tratado o convención de la República se haya obligado a reprimir, aún cuando no fueren cometidos en su territorio». Se remite entonces a los convenios internacionales de los cuales es parte. «Un ejemplo de éste requisito es la posibilidad de persecución doméstica respecto del delito de desaparición forzada de personas ante la inexistencia de un tipo penal que sancione esta figura, pese a haberse ratificado la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de 1994.

En 1986 el Congreso dio inicio al juicio de responsabilidades contra el ex dictador Luis García Meza y sus colaboradores por una serie de delitos que involucraban desde violaciones a los derechos humanos hasta delitos de carácter económico y de corrupción. Cabe mencionar que, años después, a solicitud de las ONG bolivianas, el Tribunal Permanente de los Pueblos contra la Impunidad de los Crímenes de Lesa Humanidad solicitó el enjuiciamiento de aquellos en Bolivia en julio de 1990. El gobierno no solo se negó a autorizar dicha sesión, argumentando que solo la Corte Suprema tenía la jurisdicción para juzgar a ex mandatarios por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, sino que además amenazó con deportar a los miembros del Tribunal²⁹⁵ en caso de que intentaran ingresar al país.

En vista de la posición del gobierno, el Tribunal en abril de 1991, condenó moralmente a Bánzer, Natusch Busch y García Meza, inhabilitándolos moralmente para asumir funciones de gobierno en Bolivia o en cualquier otro país.

El juicio de responsabilidades se sustanció en la Corte Suprema de Justicia, ante la que compareció García Meza, quien luego se dio a la fuga cuando el Congreso ordenó detenerlo por su supuesta implicación en los robos del diario del Che Guevara.

El juicio prosiguió en rebeldía y concluyó con la condena, en abril de 1993,⁴³ a la pena máxima del ordenamiento interno –30 años de presidio sin derecho a indulto– tanto a García Meza como a Arce Gómez (quien había sido su ministro del Interior, Migración y Justicia). Posteriormente, el 11 de marzo de 1994, García Meza fue hallado y capturado en São Paulo y luego extraditado por Brasil. Llegó a Bolivia el 15 de marzo de 1995 y fue encarcelado, cumpliendo la sentencia de 1993.²⁹⁶

²⁹⁵ El Tribunal estaba compuesto por, inter alia, el premio Nobel de la Paz Adolfo Pérez Esquivel, de Argentina, la abogada chilena Fabiola Letelier y el sacerdote colombiano Javier Giraldo.

²⁹⁶ Sentencia pronunciada en los juicios de responsabilidad seguidos por el Ministerio Público y coadyuvantes contra Luis García Meza y sus colaboradores, 21 de abril de 1993.

En **Colombia**, mediante la sentencia n. C-370 del 2006, la Corte Constitucional adelantó un proceso de adecuación exhaustiva de la Ley de Justicia y Paz a los estándares internacionales en materia de justicia transicional, principalmente respecto de temas como verdad, justicia y reparación. El análisis de la Corte consistió en el estudio de pronunciamientos de diferentes instrumentos internacionales respecto de los estándares internacionales, tales como los informes y observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para Colombia, decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, provisiones de la Convención Americana de Derechos Humanos, los principios Joinet para la protección y promoción de los derechos humanos en la lucha contra la impunidad de las Naciones Unidas, entre otros. De manera sintética en consideración a los límites del informe, se reseñarán los siguientes aspectos centrales de la providencia. El principio fundamental es el siguiente:

«El hecho de que un Estado atraviese por difíciles circunstancias que dificulten la consecución de la paz, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce que es el caso de Colombia, no lo liberan de sus obligaciones en materia de justicia, verdad, reparación y no repetición, que emanan de la Convención Americana de Derechos Humanos. Al analizar los acercamientos internacionales en materia de justicia transicional, para la Corte fue importante tener en cuenta que: [...] dentro de este panorama de evolución hacia la protección internacional de los derechos humanos, la comunidad de las naciones ha puesto su atención sobre aquellos Estados en que se adelantan procesos de transición hacia la democracia o de restablecimiento de la paz interna y consolidación de los principios del Estado de derecho. La comunidad internacional ha admitido la importancia de alcanzar estos objetivos sociales de paz, pero ha hecho énfasis en que estas circunstancias de transición no pueden conducir a un relajamiento de las obligaciones internacionales de los Estados en el compromiso universal de respeto a la dignidad y a los derechos humanos. En este contexto, se ha entendido que la necesidad de celebrar acuerdos políticos de reconciliación con amplios grupos sociales exige cierta flexibilidad a la hora de aplicar los principios que dominan el ejercicio de la función judicial. Se aceptan con ciertas restricciones amnistías, indultos, rebajas de penas o mecanismos de administración judicial más rápidos que los ordinarios, que propicien el pronto abandono de las armas o de los atropellos, como mecanismos que facilitan la recuperación de la armonía social. La comunidad internacional ha reconocido esta realidad, admitiendo una forma especial de administración de justicia para estas situaciones de tránsito a la paz, a la que ha llamado «justicia transicional» o «justicia de transición», pero no ha cedido en su exigencia de que las violaciones a los derechos fundamentales sean investigadas, enjuiciadas y reparadas, y los autores de las mismas contribuyan a identificar la verdad de los delitos cometidos y reciban algún tipo de sanción.»²⁹⁷

²⁹⁷ Corte Constitucional, sentencia n.o C-370 del 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Alvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández, párrafo 4.5.8.

En desarrollo del análisis del cargo anterior, la Corte resolvió:

[...] debe sostenerse que según la Constitución, los miembros del grupo armado organizado al margen de la ley a quienes se aplique la ley 975 de 2005, responden con su propio patrimonio para indemnizar a las víctimas de los actos violatorios de la ley penal por los que fueren condenados.

[...] si los beneficiarios de la ley deben responder con su propio patrimonio por los daños producidos, lo cierto es que no existe ninguna razón para impedir que las medidas cautelares puedan recaer sobre sus bienes lícitos. En efecto, esta prohibición lo que hace es disminuir la efectividad de la acción estatal encaminada al logro de la reparación integral de las víctimas. Por estas razones, la Corte procederá a declarar inexecutable las expresiones «de procedencia ilícita» del numeral 4 del artículo 13 y «de procedencia ilícita que hayan sido entregados» del inciso segundo del artículo 18 de la Ley demandada.

La Corte Suprema de Justicia, en consonancia con la decisión reseñada, ha establecido que «los procesos de paz, sea de diálogo o de desmovilización, incluyen formas de reincorporación a la vida civil», para lo cual las leyes 782 del 2002 y/o 975 del 2005 (Ley de Justicia y Paz) prevén instrumentos judiciales específicos tendientes a reconocer beneficios jurídicos relacionados con esas situaciones. Se trata de mecanismos excepcionales, propios de modelos de justicia de transición que reconocen «una tensión entre el objetivo social de lograr un tránsito efectivo hacia la paz o la democracia, y los derechos de las víctimas a que las violaciones de derechos sean investigadas, enjuiciadas y castigadas por el Estado, y a que se logre una efectiva reparación».²⁹⁸

Costa Rica, determina en su Art. 7 del Código Penal de 1970 el principio de justicia universal al manifestar que: «Independientemente de las disposiciones vigentes en el lugar de la comisión del hecho punible y de la nacionalidad del autor, se penará conforme a la ley costarricense a quienes cometan actos de piratería, genocidio, falsifiquen monedas, títulos de crédito, billetes de banco y otros efectos al portador; tomen parte en la trata de esclavos, mujeres o niños; se ocupen del tráfico de estupefacientes o publicaciones obscenas y a quienes cometan otros hechos punibles contra los derechos humanos previstos en los tratados suscritos por Costa Rica, o en este Código». Pero se limita el ejercicio de este delito a que la persona acusada se encuentre en el territorio nacional.

²⁹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado n.º 26954, de 11 de julio del 2007 MM. PP. Yesid Ramírez Bastidas y Julio Enrique Socha Salamanca.

Ecuador, dispone en su Art.5º.- «Toda infracción cometida dentro del territorio de la República, por ecuatorianos o extranjeros, será juzgada y reprimida conforme a las leyes ecuatorianas, salvo disposición contraria de ley. Inc. 5.- Los atentados contra el Derecho Internacional; e inc., 6.- Cualquiera otra infracción para la que disposiciones especiales de la ley o convenciones internacionales establezcan el imperio de la ley ecuatoriana». Pero exige que los extranjeros que incurran en alguna de las infracciones detalladas anteriormente, serán juzgados y reprimidos conforme a las leyes ecuatorianas, siempre que sean aprehendidos en el Ecuador, o que se obtenga su extradición.

Por último en **Paraguay**, la legislación penal ordinaria fue utilizada tanto para el esclarecimiento como para la eventual sanción de los hechos punibles cometidos en el marco de dictadura. En cuanto a la utilización del derecho penal internacional (DPI), puede mencionarse que en dos decisiones de la Corte Suprema de Justicia se declaró la imprescriptibilidad de la acción penal basada en principios e instrumentos de DPI. Paralelamente a la aplicación del derecho penal común, por ley n. 838, sancionada el 29 de marzo de 1996, fue prevista la posibilidad de indemnizar a aquellas personas de cualquier nacionalidad que hubieran sido «víctimas de violaciones de derechos humanos durante la dictadura de 1954 a 1989». ²⁹⁹

En la misma ley se estableció igualmente la facultad del Congreso Nacional para conferir a las víctimas de la dictadura «medallas y diplomas como testimonio de desagravio oficial de parte del estado Paraguayo». En el año 2002, con la finalidad de generar conciencia sobre los hechos ocurridos durante la dictadura, se abrió el Museo de las Memorias - Dictadura y Derechos Humanos. En el 2003 se creó la Comisión de Verdad y Justicia, con la finalidad de investigar las violaciones a los derechos humanos cometidos por agentes estatales o paraestatales entre mayo de 1954 y octubre del 2003, en orden a esclarecer y establecer una verdad oficial de los hechos ocurridos en el periodo mencionado. En 1999, en aplicación del Código Penal que incorpora la jurisdicción universal, se abrió un sumario por delitos de desaparición forzada cometidos en Argentina. ³⁰⁰

²⁹⁹ Véase «Paraguay», en AMBOS, K. MALARINO, E. y ELSNER, G. (eds.): *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional. Con un informe adicional sobre la jurisprudencia italiana*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2008.

³⁰⁰ Poder Judicial. Juzgado de Noveno Turno. Causa «Sumario Criminal de averiguación de hechos punibles contra la seguridad de la convivencia de las personas (desaparición forzosa)». Año 1999, Exp. núm. folio núm. AI núm. 230, Asunción, 26 de febrero de 1999. El texto de la decisión puede consultarse en www.derechos.org/nizkor. Véase: ALMADA, M., «El descubrimiento de los archivos secretos de la policía política de Paraguay. Operativo Cóndor; impacto sobre la justicia universal», en *El principio de justicia universal*, Colex Madrid, 2001, págs. 255-263.

B) En **Europa**, el panorama legislativo no es muy diferente.

En **Alemania**, permite a sus tribunales ejercer la jurisdicción penal universal para juzgar delitos comunes tipificados en su Código Penal (Strafgesetzbuch) ³⁰¹ desde 1975, y para juzgar el genocidio desde 1954.

El artículo 25 de la Constitución de Alemania (Grundgesetz) establece que «Las reglas generales del Derecho Internacional público son parte integrante del derecho federal. Tienen primacía sobre las leyes y crean directamente derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal».³⁰²

No obstante, el principio de legalidad contenido en el artículo 103.2 de la Constitución se debe interpretar como una prohibición a los tribunales nacionales de juzgar a una persona por un delito de derecho internacional salvo que su conducta sea también delito con arreglo a la legislación del estado de la persona sospechosa en el momento de su comisión.

Es interesante señalar la reserva de Alemania al artículo 7.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 1950 (Convenio Europeo de Derechos Humanos),³⁰³ que incluye expresamente los delitos que lo sean con arreglo a los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas y no requieren necesariamente legislación por escrito. La reserva, formulada en 1954 y que impone una limitación del compromiso, dice así: «no se aplicará lo dispuesto en el artículo 7, párrafo 2, de la Convención más que dentro de los límites del artículo 103, párrafo 2, de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana».³⁰⁴

³⁰¹ Los antecedentes de estas disposiciones se remontan a una propuesta realizada hace más de 80 años. Proyecto de Código Penal para Alemania de 1927, cap. 7 (citado en Harvard Research in International Law, 29 Am. J. Int'l L. Supp. 435, 575 (1935).

³⁰² Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, del 23 de mayo de 1949 (Boletín Oficial Federal 1, pág. 1) (BGBl III 100-1) enmendada por la ley de 26 de noviembre de 2001 (Boletín Oficial Federal 1, p. 3219), enmendada en junio de 1993, en combinación con el texto de la 40ª enmienda, de 20 de diciembre de 1993 (traducción oficial al inglés en GISBERT H. F., Alemania, en P. BLAUSTEIN, A./GISBERT H., F. [eds.], Constitutions of the Countries of the World [Dobbs Ferry, New York: Oceana Publications, Inc. August 1994] [núm. 94-6]). Nota de EDAI: Puede consultarse una traducción no oficial al español en el sitio web de la Red Académica de Derecho Constitucional, en <http://constitucion.rediris.es/legis/legextr/ConstitucionAlemana.html#a25>.

³⁰³ El artículo 7 («No hay pena sin ley») dice así: 1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. 2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas.

³⁰⁴ BGBl (Boletín Oficial Federal), 1954 II, 14.

El Parlamento alemán decidió promulgar una ley especial en lugar de añadir un nuevo capítulo al Código Penal ordinario alemán, habida cuenta de la especial importancia del asunto y sus efectos en la política legal internacional (*völkerrechtspolitische Wirkung*).³⁰⁵

En particular, los objetivos del CCDI ³⁰⁶son abarcar el área específica de delitos de derecho internacional y promover la claridad legal y la aplicación práctica con un único conjunto de normas.

También tiene como fin garantizar la disposición de Alemania en todo momento para cumplir con sus obligaciones en virtud del principio de complementariedad del Estatuto de Roma. Destinado a fortalecer la justicia penal internacional en su conjunto, la creación de este Código pretende contribuir al avance y la expansión del Derecho internacional humanitario y, al mismo tiempo, superar algunas de las incongruencias entre el Derecho penal alemán y el Derecho internacional penal, incluidos el genocidio y los crímenes de lesa humanidad, así como el derecho internacional humanitario.

Con anterioridad a la entrada en vigor del CCDI, el genocidio y las violaciones graves de los Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional a los Convenios relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I) sólo podían ser objeto de procesamiento en determinadas circunstancias.

Según el artículo 6 (6.1 y 6.9) del Código Penal alemán,³⁰⁷ estos delitos se podían perseguir judicialmente con arreglo al principio de jurisdicción universal. No estaban incluidos los crímenes de lesa humanidad. Dado que el CCDI sólo es aplicable a los delitos de Derecho internacional cometidos a partir de su entrada en vigor, los actos de genocidio y otras violaciones graves de los Convenios de Ginebra anteriores al 30 de junio de 2002 aún deben

³⁰⁵ WERLE, G. / JESSBERGER, F. «Das Völkerstrafgesetzbuch», en *Juristenzeitung* (JZ) 2002, págs. 72 a, 730.

³⁰⁶ Explanatory Memorandum of the Code of Crimes against International Law, BT. Drs. 14/8524, pág. 12 (en <http://www.wihl.nl/finals/Germany/DE.L-IM.Draft%20of%20an%20act%20to%20introduce%20the%20CCAICL.pdf>;); más información sobre los objetivos en ESER, A./GROPENGIESSER, H. «Kreiker, Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen», 2003, pág 61 a70.

³⁰⁷ Con anterioridad a la entrada en vigor del CCDI, los tribunales alemanes podían ejercer la jurisdicción universal en aplicación del artículo 6.1 del Código Penal para castigar el genocidio, así como las violaciones graves de los Convenios de Ginebra y la tortura con arreglo al artículo 6.9 del Código Penal. Esta cuestión es subrayada por Steffen Wirth en *International Criminal Law in Germany – Case Law and Legislation*, <http://www.mpicc.de/shared/data/pdf/ottawa.pdf>. Según una opinión en la literatura jurídica, el artículo 6.1 del Código Penal se aplica igualmente a la tortura.

enjuiciarse en aplicación de las disposiciones anteriores, al igual que otros delitos de derecho internacional, como la tortura y la desaparición forzada, con independencia de la fecha en que se hayan cometido.

La ley de 30 de junio de 2002 autorizó a sus tribunales, en virtud del nuevo Código de Crímenes de Derecho Internacional (Völkerstrafgesetzbuch), a ejercer la jurisdicción universal sobre el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra.

Existe un principio general que obliga a la Fiscalía Federal a investigar y entablar acciones en todos los casos en que existan indicios de delito, y a pesar de un comentario autorizado que indica que esta disposición legal relativa al ejercicio del poder discrecional debería aplicarse con moderación, desde 2002 la Fiscalía Federal no ha investigado más de dos de las al menos 62 denuncias presentadas, y ninguna de ellas dio lugar a procesamiento.³⁰⁸

La ley de 26 de julio de 2002³⁰⁹ que rige para todos los delitos contra el derecho internacional, describe y legitima para estos delitos la validez del principio de justicia universal aun cuando la conducta se hubiere cometido en el extranjero y no presente relación con el territorio nacional.

Ello supone una superación de la doctrina jurisprudencial sobre el principio de justicia universal, que exigía para su aplicación un punto de conexión entre el delito y el estado alemán, de acuerdo al anterior párrafo 6 de su Código Penal (Strafgesetzbuch).

Actualmente, se prescinde de cualquier vínculo u obstáculo para el ejercicio jurisdiccional. El único punto de conexión se refiere al ámbito de aplicación material de la norma; es decir, que los hechos sean constitutivos de genocidio, crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad.³¹⁰

Esta Ley regula según WERLE y JESSBERGER³¹¹ el principio de justicia universal puro o como bien afirman «un auténtico principio de jurisdicción universal que no requiere un punto de conexión nacional».

³⁰⁸ GEIßLER, N./SELBMANN, F. «Fünf Jahre Völkerstrafgesetzbuch –Eine kritische Bilanz», Humanitäres Völkerrecht– Informationsschriften, núm. 20 (2007), págs 160 y ss.

³⁰⁹ Traducida al español por la profesora GIL GIL. A. Ver página web del Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional. http://es.wikipedia.org/wiki/Instituto_Max_Planck.

³¹⁰ OLLE SESE, M. «Crímenes contra la humanidad...» *Op. cit.* 2, página. 3.

³¹¹ WERLE, G. y JESSBERGER, F. «La punibilidad de crímenes internacionales en el Derecho Interno. El Código Penal Internacional Alemán», *Revista Penal*, n.º 12, págs.. 126-142, año 2003.

Sin embargo, en el Derecho alemán existe el principio de territorialidad, el principio de personalidad activa y pasiva, y también el principio de universalidad.³¹²

Los delitos extraterritoriales son justiciables cuando alguno de los siguientes principios es aplicable: Principio de personalidad activa, Principio de personalidad pasiva y/o Principio de protección.

La jurisdicción de la personalidad activa se basa en la nacionalidad –no en la residencia– de la persona detenida o acusada en el momento del delito o acto ilícito, y no en su nacionalidad con posterioridad a los hechos.

Existen dos grupos básicos de disposiciones en el Código Penal basados en la personalidad activa.

En primer lugar, el artículo 7.2.1 del Código Penal (personalidad activa) abarca las conductas delictivas sancionables en países extranjeros como delitos (doble incriminación) y que son aplicables a personas alemanas que hayan cometido un delito. También es aplicable a todo intento, participación o intento de participación en la comisión de dicho delito o crimen.

El artículo 7.2.1 dice lo siguiente: Artículo 7: Validez para actos cometidos en el extranjero en otros casos [...] 2) Para otros actos cometidos en el extranjero regirá el Derecho penal alemán cuando el acto sea castigado en el lugar de su comisión o dicho lugar no esté sujeto a ninguna potestad punitiva, y cuando el autor: 1. en el momento de cometer el acto fuese alemán o lo haya llegado a ser después [...].

Por tanto, el derecho penal alemán es aplicable cuando los hechos no son punibles en el lugar donde se cometieron. También lo es en algunos casos que se enuncian en el artículo 5 del Código Penal en relación con la jurisdicción de protección.

En segundo lugar, el artículo 5 del Código Penal contiene varias disposiciones basadas en la personalidad activa. Este artículo establece la jurisdicción de personalidad activa sobre los siguientes delitos:

³¹² GEMAN HASSEL. E. «La validez del derecho penal «páginas 2 y ss. Principio de la personalidad (personal) o de la nacionalidad, recoge la opinión de dos autores para Creus este principio es decisiva la nacionalidad de los sujetos que intervienen en la relación jurídica originada por el delito. considerando que la ley del estado sigue al nacional dondequiera que él se encuentre, es decir, los individuos son portadores de su propio estatuto personal. Por su parte, agrega FONTAN BALESTRA que, según este principio, la ley del país a que el individuo pertenece es la que debe aplicarse, fundándose esta tesis en el sentido de dependencia persona de cada súbdito a su estado. Distingue este autor en principio de personalidad activa cuando se trata del autor del delito, o personalidad pasiva referida a la víctima.

1. Actos que ponen en peligro del estado democrático de Derecho en los casos de los art. 3.a) (Actos que ponen en peligro del estado democrático de Derecho en los casos de los artículos 89 y 90.a.1 del Código Penal, cuando el autor sea alemán y tenga sus medios de subsistencia en el territorio de vigencia de esta ley.). Delitos contra la defensa nacional en los casos especificados en el artículo 109 (109.a, 109.d y 109.h), cuando el autor sea alemán y tenga sus medios de subsistencia en el territorio de vigencia de esta ley.) Delitos contra la libre determinación sexual: a) en los casos del artículo 174 (174.1 y 174.3), cuando el autor y la víctima (persona contra la que se ha cometido el hecho) sean alemanes; en los casos de los artículos 176.a, 176.b y 182, cuando el autor sea alemán. Delito de interrupción del embarazo, definido en el artículo 218 del Código Penal, cuando el autor sea alemán en el momento de cometerlo y sus medios de subsistencia se encuentren en el territorio de vigencia de esta ley. Delitos contra el medio ambiente, en los casos que abarca el artículo 328.2 (3-5) del Código Penal, también en combinación con el artículo 330 del Código Penal (Fördern, Verleiten oder Verursachen einer nuklearen Explosion), si el autor era alemán en el momento de los hechos. Actos cometidos por un funcionario público alemán u otra persona especialmente obligada por el servicio público, durante una estancia oficial o relacionada con el servicio (Amtsdelikte eines Deutschen) .Soborno de un miembro del Parlamento, establecido en el artículo 108.e del Código Penal alemán, si el perpetrador era alemán en el momento del hecho o si el hecho se cometió en relación con un alemán. Tráfico de órganos humanos, definido en el artículo 18 de la Ley de Transplantes (Transplantationsgesetz), si el autor era alemán en el momento de los hechos (Organhandel).

El primer párrafo del artículo 7 del Código Penal (personalidad pasiva) abarca los mismos delitos que el segundo párrafo (7.2), aunque en este último el autor del delito debe ser alemán; sin embargo, algunas de las disposiciones sólo pueden encajar en la definición de jurisdicción universal, como las que establecen que el perpetrador debe haber adquirido la nacionalidad alemana después del delito.

El principio de oportunidad del artículo 153c.1.1 del Código de Procedimiento Penal también es aplicable. El artículo 5 del Código Penal alemán penaliza el secuestro (artículo 234.a del Código Penal) y arrojar sospechas políticas sobre otra persona (artículo 241.a del Código Penal) si los hechos se dirigen contra una persona que tiene su residencia habitual en Alemania;

También establece jurisdicción sobre casos de menores sustraídos a sus progenitores o secuestrados por uno de sus progenitores (artículo 235.2.2). La jurisdicción es aplicable cuando el delito se dirige contra una persona que tiene su residencia o reside habitualmente fuera de Alemania. Abarca la divulgación de secretos empresariales o comerciales de empresas emplazadas en el territorio de vigencia del Código Penal alemán, empresas con su

sede en este territorio o empresas con sede en el extranjero y dependientes de una empresa con sede en el ámbito de vigencia de esta ley, y con la que establece un consorcio y delitos contra la libre determinación sexual en los casos especificados en el artículo 174 (174.1 y 174.3), cuando el autor y la persona contra la que se ha cometido el hecho sean alemanes, y en los casos de los artículos 176a, 176b y 182, cuando el autor sea alemán. Por último los actos cometidos contra un funcionario público u otra persona especialmente obligada por el servicio público o contra un soldado de las fuerzas armadas federales, en el desempeño de su servicio o en relación con su servicio. (Delikte gegen Amtsträg)

El principio de universalidad en el § 6 del StGB alemán, abarca los crímenes típicos contra el Derecho Internacional, contra el derecho de gentes, como el genocidio, falsificación de moneda, trata de blancas y tráfico de drogas.³¹³

No obstante, los tribunales germanos en la práctica vienen exigiendo lo que se denomina un vínculo suficiente con el estado alemán, con el fin de garantizar el respeto del principio de no intervención en los asuntos internos de otros y el Alto Tribunal Federal interpreta este «vínculo personal» exigiendo que el acusado tenga lazos personales con Alemania, por ejemplo, que tenga domicilio en este país, que sea su país el de residencia habitual, o que tenga estrechos contactos sociales en Alemania³¹⁴. Criterios ambiguos y de difícil concreción.

Que una de las víctimas o de las partes demandantes tenga residencia en Alemania implicaría que ciudadanos no alemanes pero con residencia allí ejercitasen la acción popular para impulsar el enjuiciamiento de los crímenes internacionales, o que ciudadanos españoles o de otra nacionalidad que trabajaron en aquel país como inmigrantes hicieran lo mismo. Así ocurre en Bélgica, donde las víctimas no nacionales que han vivido en territorio belga durante al menos tres años en el momento de cometer el delito tienen el mismo trato que las víctimas nacionales.

Por último, los tribunales alemanes están autorizados a ejercer la jurisdicción universal sobre las personas sospechosas de cometer genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra en aplicación del CCDI.

³¹³ Hay pocos casos conocidos en la jurisdicción alemana en los que haya jugado un papel el principio de universalidad, algunos de ellos son juicios contra narcotraficantes. Por ejemplo el Tribunal Federal Supremo condenó en dos sentencias muy criticadas en última instancia a holandeses por negocios con cannabis, uno de ellos ya condenado en los Países Bajos y por eso Holanda intervino fuertemente.

³¹⁴ JESSBERGER, F. «Germany». Section IV – International Criminal Law: Universal Jurisdiction. National Reports, *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol.79, 2008 / 1-2). VANDERMEERSCH.D, «Belgique». Section IV – International Criminal Law: Universal Jurisdiction. National Reports, *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol.79, 2008 / 1-2.

Pueden ejercer la jurisdicción universal sobre las personas sospechosas de cometer algunos de estos crímenes de derecho internacional antes del 1 de julio de 2002 y otros delitos de derecho internacional, con independencia del momento de su comisión, con arreglo al Código Penal.

En la parte sustantiva del Código se tipifican los crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y el genocidio. A diferencia del Estatuto de Roma, que dispone una amplia variedad de castigos, los artículos 6-12 del Código tipifican un conjunto de sanciones más limitado para cada delito. Además, los tribunales pueden ejercer la jurisdicción universal sobre otros delitos de derecho internacional.

Puede ejercer la jurisdicción universal sobre las violaciones graves de los Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I) cometidas con anterioridad a julio de 2002 con respecto a conductas delictivas establecidas en el Código Penal, pero no con respecto a otros crímenes de guerra cometidos antes de esa fecha.

Los crímenes de guerra incluidos en el CCDI se reparten en cinco artículos: el artículo 8 contiene los crímenes de guerra contra personas; los artículos 9 y 10 se refieren a los crímenes de guerra contra la propiedad y otros derechos, así como a los crímenes de guerra contra emblemas y operaciones humanitarias; los crímenes de guerra consistentes en utilizar métodos de guerra prohibidos se recogen en el artículo 11; y el artículo 12 afecta a los crímenes de guerra que utilizan ciertos medios de guerra prohibidos.

Por otro lado, el artículo 7 del CCDI define los crímenes de lesa humanidad de conformidad con el Estatuto de Roma. Sin embargo, se establecieron algunas diferencias en función de cómo el derecho alemán interpreta el principio de obligatoriedad del ejercicio de la acción punitiva. Así pues, el alcance de las definiciones contenidas en este artículo es, en algunos aspectos, más restrictivo que el de las contenidas en el Estatuto de Roma.³¹⁵No obstante, Alemania no ha definido los crímenes de lesa humanidad cometidos con anterioridad a 2002 como delitos en el derecho interno.

El crimen de genocidio se incorporó al artículo 6 del CCDI. Este artículo se basa en la definición contenida en el artículo II de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 1948, y por tanto se corresponde con el artículo 6 del Estatuto de Roma.

³¹⁵ GERHARD W. *ibid.*, párr. 255; véase también el Memorando Explicativo del Código de Crímenes de Derecho Internacional, BT Drs. 14/8524, pág 42 (disponible, en alemán, en <http://dip.bundestag.de/parfors/parfors.htm>).

El cambio más señalado fue que los requisitos necesarios para calificar un acto de genocidio también pueden darse en un acto dirigido contra una sola persona perteneciente a un grupo si se ajusta a la interpretación del crimen internacionalmente aceptada.³¹⁶ Con todo, el CCDI no incluye expresamente todos los delitos accesorios al genocidio enumerados en el artículo III de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.

Como ya se ha mencionado, los tribunales alemanes pueden ejercer la jurisdicción universal sobre los actos de genocidio cometidos con anterioridad a 2002. Para ello es posible basarse en el artículo 6 en combinación con el artículo 220.a del Código Penal, que está en consonancia con la prohibición de la aplicación retroactiva del derecho penal que establece el derecho alemán.

En cuanto a la tortura Alemania es Estado Parte en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 1984, desde el 1 de octubre de 1990.

Este tratado exige a los estados Partes que definan la tortura como delito en el derecho interno (artículo 4), que establezcan su jurisdicción sobre las personas sospechosas de cometer actos de tortura que estén presentes en su territorio si no son extraditadas (artículo 5.2), que adopten medidas para asegurar su presencia con vistas a su procesamiento o extradición (párrafos 1 y 2 del artículo 6) y que remitan los casos de estas personas a las autoridades competentes si no las extraditan (artículo 7.1).

El artículo 7.1.7 del CCDI define como crimen de lesa humanidad la tortura perpetrada como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil después de julio de 2002; el artículo 8.1.3 del Código define como crímenes de guerra los actos de tortura cometidos en un conflicto armado.

Por consiguiente, los actos de tortura sólo se pueden castigar como tales en aplicación del Código si se cometen en un conflicto armado o como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil.

El Código Penal no contiene una definición expresa de tortura en otras circunstancias.³¹⁷ Algunas conductas constitutivas de tortura son sancionables como coacción (artículo 240), lesiones infligidas en el ejercicio de funciones oficiales o en relación con ellas (artículo 340) y obtención de testimonios mediante coacción (artículo 343). Sin embargo, estas disposicio-

³¹⁶ GERHARD, W. *ibíd.*, párr. 254; véase también la traducción al inglés del Memorando Explicativo del Código de Crímenes de Derecho Internacional, BT Drs. 14/8524, pág. 4.

³¹⁷ Tercer informe periódico que los estados Partes debían presentar en 1999. Adición. Alemania, doc. ONU: CAT/C/49/Add.4, 8 de julio de 2003, párr. 17.

nes no incluyen necesariamente todas las conductas constitutivas de tortura. Se trata de una combinación de disposiciones que penalizan la tortura. No obstante, la Convención puede aplicarse directamente en virtud del artículo 6.9 del Código Penal.

Las ejecuciones extrajudiciales «son homicidios ilegítimos y deliberados, perpetrados por orden de un gobierno o con su complicidad o consentimiento».³¹⁸

Las ejecuciones extrajudiciales no están definidas expresamente como delito en el Código Penal, pero pueden ser objeto de procesamiento en aplicación de la jurisdicción universal en forma de otros delitos. El asesinato, en el contexto de los crímenes de lesa humanidad, es punible en aplicación del artículo 7.1.1 del CCDI. El homicidio con premeditación en conflictos armados con y sin carácter internacional es punible, como crimen de guerra, en aplicación del artículo 8.1.1 del CCDI. Otros actos de homicidio intencional son punibles como asesinato con agravantes con arreglo al artículo 211 del Código Penal, y como asesinato conforme al artículo 212 del Código Penal. Los tribunales podrían ejercer la jurisdicción universal sobre esos otros actos en las circunstancias que establece el artículo 7 (7.2.1 y 7.2.2) del Código Penal. 4.3.6

Del mismo modo, Alemania ha firmado la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 2006. Este tratado exige a los estados Partes que tipifiquen la desaparición forzada como delito en el derecho interno (artículos 3, 4 y 6), que establezcan su jurisdicción sobre las personas sospechosas de cometer desaparición forzada que estén presentes en su territorio si no son extraditadas (artículo 9.2), que adopten medidas para asegurar su presencia con vistas a su procesamiento o extradición (párrafos 1 y 2 del artículo 10) y que remitan los casos de estas personas a las autoridades competentes si no son extraditadas (artículo 11.1).

Según el artículo 7.1.7 del CCDI, la desaparición forzada se ha penalizado en el contexto de los crímenes de lesa humanidad y, como tales, sujetos a la jurisdicción universal.

La desaparición forzada, como se define en el artículo 2 de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, aún está pendiente de ser incorporada al derecho penal interno como delito en otras circunstancias. Otras normas penales, como la privación de libertad (artículo 239 del Código Penal) y el delito de

³¹⁸ Principio 18 de los Principios de la ONU Relativos a una Eficaz Prevención e Investigación de las Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias o Sumarias: Los gobiernos velarán por que sean juzgadas las personas que la investigación haya identificado como participantes en ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, en cualquier territorio bajo su jurisdicción. Los gobiernos harán comparecer a esas personas ante la justicia o colaborarán para extraditarlas a otros países que se propongan someterlas a juicio. Este principio se aplicará con independencia de quienes sean los perpetradores o las víctimas, del lugar en que se encuentren, de su nacionalidad, y del lugar en el que se cometió el delito.

secuestro (artículos 234 y 234.a del Código Penal), no reflejan en su totalidad el artículo 2 de la Convención, ya que ninguna de las normas penales nacionales reflejan de manera suficiente que las desapariciones forzadas se cometen con una intención concreta y con la participación del estado. Por consiguiente, existe un vacío legal para los casos individuales de desaparición forzada, que no constituyen un crimen de lesa humanidad.³¹⁹

Como manifestación de la aplicación del principio de justicia universal destacaremos que, el Tribunal de Munich condenó, el 23 de mayo de 1997, al residente Nicola Jorgeic por los asesinatos cometidos en Serbia.³²⁰

Asimismo, el tribunal de Dusseldorf sentenció, el 26 de septiembre de 1997, al prenombrado ciudadano por delitos de genocidio cometidos en Serbia; y condenó por sentencia del 29 de noviembre de 1999 a Maksim Sokolovic por delitos de malos tratos cometidos en Serbia. Más tarde, el Tribunal de Múnich sentenció el 15 de diciembre de 1999, a Djuradi Kusljic por delito de genocidio cometido en territorio de la antigua Yugoslavia.³²¹

En otros supuestos, la posibilidad de ejercicio de la competencia universal ha sido bloqueada por la Fiscalía en ejercicio de la discrecionalidad que le atribuyen las leyes alemanas para la persecución de estos delitos. Este ha sido el caso, por ejemplo, de sucesivas demandas contra Donald H. Rumsfeld, ex secretario de defensa de los estados Unidos (demandado también en otros países) y otros altos cargos de la Administración Bush, por su responsabilidad en las prácticas de tortura en prisiones controladas por dicho país en Iraq y Guantánamo.³²²

³¹⁹ La Convención define la desaparición forzada en su artículo 2 como «el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley.

³²⁰ Oberlandesgericht, Düsseldorf, 29 November 1999, 2 StE 6/97. La Corte Federal de Justicia confirmó la sentencia el 21 de febrero de 2001; Bundesgerichtshof, Sentencia de 21 de febrero de 2001, 3 StR 372/00.

³²¹ Bayerisches Oberstes Landesgericht, 15 December 1999, re K., 6 St 1/99.6 St 1/99. Su recurso ante la Corte Federal de Justicia fue rechazado el 21 de febrero de 2001 por la Corte que confirmó la sentencia; Bundesgerichtshof, Sentencia de 21 de febrero de 2001, StR 244/00.

³²² La primera, presentada en noviembre de 2004, fue rechazada con el argumento del principio de subsidiariedad, fundado en que los hechos podían ser juzgados en estados Unidos The Prosecutor General at the Federal Supreme Court, Karlsruhe, 2 February 10 2005, 3 ARP 207 / 04, Re: Complaint Against Donald Rumsfeld et al. 45 ILM 119 (2006). La segunda demanda, que fue presentada en noviembre de 2006, fue rechazada de nuevo por el fiscal federal en abril de 2007 con base en el criterio de que los demandados no residían en el territorio alemán, ni se encontraban en él ni se esperaba que se encontraran en él. The Prosecutor General at the Federal Supreme Court, Karlsruhe, April 5, 2007: 3 ARP 156/06-2, Re: Criminal Complaint against Donald Rumsfeld et al. El 13 de noviembre de 2007 se ha presentado un recurso ante la Corte Regional de Frankfurt.

Otro caso se refiere al que fuera ministro del Interior de Uzbekistán entre 1991 y 2005, Zakirjon Almatovich Almatov, presunto responsable, entre otros hechos, de ordenar la práctica sistemática de la tortura en dicho país. Aprovechando una estancia por motivos médicos en Alemania en 2005, se presentó una demanda ante el fiscal general contra él y otras once personas, con objeto de abrir un proceso penal. El 31 de marzo de 2006, el fiscal rechazó la demanda dado que los hechos imputados se habrían cometido antes de la entrada en vigor del Código de Crímenes Internacionales y sería inútil confiar en el regreso de Almatov a Alemania o en la cooperación de las autoridades de Uzbekistán,³²³ obviando que, probablemente, debería haber actuado mientras se encontraba en el territorio.

En Italia, el principio fundamental es que «la ley penal obliga a todos aquellos que, ciudadanos o extranjeros, se hallan en el territorio del estado», según refleja textualmente el primer apartado del art. 3 del Código penale italiano de 19 de octubre de 1930. El principio de territorialidad de la ley penal es, por tanto, la regla, que conoce, sin embargo, algunas excepciones, ya que los arts. 7, 9 y 10 del Código, en materia de «delitos comunes cometidos por el ciudadano (italiano) o por el extranjero en el Extranjero», prevén la punibilidad de los mismos en el estado italiano. Para la concreta procedibilidad con respecto a tales delitos está previsto, no obstante, también un supuesto ulterior, de carácter objetivo, constituido por la «presencia (del ciudadano o del extranjero) en el territorio del estado».

El art. 8 del Código penale italiano regula específicamente la hipótesis del «delito político cometido en el extranjero» para cuya procedibilidad en Italia es necesaria, simplemente, una expresa solicitud del Ministerio de Justicia. Dicho artículo ha representado el instrumento normativo que ha permitido, de hecho, la apertura de diferentes procedimientos³²⁴. Como ejemplo, el caso de Emmanuel Uwayezu, antiguo director de una es-

³²³ No obstante, en relación con el mismo caso, en noviembre de 2008, el fiscal general se negó a actuar contra Rustan Injatow, jefe del servicio secreto de Uzbekistán, de visita oficial en Alemania. Sobre el caso: Salvatore Zappalà, «The German Federal Prosecutor's Decision not to Prosecute a Former Uzbek Minister. Missed Opportunity or Prosecutorial Wisdom?», JICJ, 4 (2006), págs. 602-622. En abril y junio de 2005 el fiscal general rechazó abrir procedimientos contra el dirigente checheno Ramzan Kadyrov y contra el ex presidente de China, Jiang Zemin, estimando que gozaban de inmunidad penal.

³²⁴ STC 237/2005, de 26 de septiembre. Señala la sentencia dictada «A este respecto resulta discutible que la Sentencia omita mencionar que, frente a lo que pudiera desprenderse de su lectura, la Ley española no es la única legislación nacional que incorpora un principio de jurisdicción universal sin vinculación a intereses nacionales, pudiendo citarse las de países como Bélgica (art. 7 de la Ley de 16 de julio de 1993, reformada por la Ley de 10 de febrero de 1999, que extiende la jurisdicción universal al genocidio), Dinamarca (art. 8.6 CP), Suecia (Ley relativa a la Convención sobre el Genocidio de 1964), Italia (art. 7.5 CP) o Alemania, estados que incorporan, con mayor o menor amplitud, la represión de distintos crímenes contra la Comunidad Internacional a su ámbito de jurisdicción, sin restricciones motivadas en vínculos nacionales. A título de significativo ejemplo basta indicar que la Sentencia del Tribunal Supremo cita la resolución del Tribunal Supremo Federal alemán de 13 de febrero de 1994 y sin embargo no hace mención alguna al art. 6 del CP alemán ni al Código de Crímenes contra el Derecho internacional

cuela en Kibeho, Ruanda, en la que fueron asesinados más de ochenta jóvenes estudiantes en 1994. Uwayezu fue localizado como sacerdote en una parroquia de Empoli³²⁵. Uwayezu fue arrestado en octubre de 2009 como consecuencia de una orden de detención emitida por las autoridades de Ruanda, que han pedido su extradición.³²⁶

En **Francia** rige el principio de personalidad pasiva recogido en el art. 113.1 del Código Penal de 1992 que dispone que es la nacionalidad francesa de la víctima la que determina la competencia de los tribunales franceses, sin consideración para la nacionalidad del autor del crimen y sobre todo del lugar donde este crimen se cometió. Criterio bastante más limitado que los anteriores ya que impide la persecución si la víctima no es francesa³²⁷.

Sin embargo la ley de 22 de julio de 1992, incorporó, con fecha de vigencia el 1 de marzo de 1994, dos artículos el Art. 211.1, sobre genocidio, y el 212.1 sobre «otros crímenes de lesa humanidad», pero sin retroactividad, lo que implicaba que se debían juzgar crímenes de lesa humanidad cometidos antes de 1994 con textos anteriores, como son los estatutos del Tribunal Militar Internacional de Nürnberg, vinculados a los acuerdos de Londres de 1945, firmados y ratificados por Francia³²⁸.

En Francia ha habido muchos casos en los que se ha aplicado el principio de justicia universal, como el caso Javor, un conjunto de víctimas bosnias del conflicto de la antigua Yugoslavia, residentes en Francia, presentaron una demanda el 20 de julio de 1993 contra los responsables de crímenes de guerra, genocidio, crímenes contra la humanidad y tortura en distintos campos de concentración serbios en 1992 en Kozarac y otras localidades vecinas.

de 26 de junio de 2002 (Ley promulgada con la finalidad de adaptar el Derecho penal alemán al Estatuto de la Corte Penal Internacional) en cuyo artículo primero se dispone que sus preceptos se aplicarán a los crímenes en él contemplados (genocidio, crímenes contra la Humanidad y crímenes de guerra incluidos en el Estatuto de la Corte) «incluso cuando el delito sea cometido en el extranjero y no tenga relación alguna con Alemania».

³²⁵ En 2002, otro sacerdote ruandés, Athanase Seromba, ya fue detenido en Italia y entregado al Tribunal Penal Internacional para Ruanda que lo condenó a cadena perpetua.

³²⁶ Véase el artículo 3 del Código Penal italiano, en relación con la Legge italiana 9 ottobre 1967, núm. 92, Prevenzione e repressione del delitto di genocidio.

³²⁷ La competencia personal pasiva está prevista en el Art.113.1 del Código Penal Francés. Esta norma establece la primera limitación que impone el derecho francés consiste en el hecho de que no puede abrir una instrucción si la víctima no es francesa. Esto implica que lo primero que se debe corroborar en la nacionalidad de la víctima.

³²⁸ La razón de este vacío legal de medio siglo puede residir, según apunta PEREZ-SERRANO. M. en el «El Principio de Justicia Universal, especial referencia al caso Scilingo» al hecho de que Francia no quiera enfrentarse con su propio pasado (Indochina y en Argelia).

El juez de instrucción se declaró competente el 6 de mayo de 1994 en relación con las acusaciones de crímenes de guerra y tortura. Sin embargo, la Corte de Apelaciones de París, en su sentencia de 24 de noviembre de 1994,³²⁹ entendió que la jurisdicción francesa era incompetente en relación con la tortura por no cumplirse el requisito de la presencia en Francia de los presuntos responsables.

En el caso relativo a Wenceslas Munyeshyaka, un sacerdote ruandés acusado de genocidio y crímenes contra la humanidad, y a pesar de que en 1996 la Corte de Apelaciones de Nîmes se declaró incompetente en relación con los crímenes de genocidio cometidos en el extranjero, por extranjeros contra extranjeros,³³⁰ la Corte de Casación afirmó la competencia de los tribunales franceses³³¹ en enero de 1998, ya que los hechos podían ser incardinados en el delito de tortura para el que sí existía la jurisdicción universal.³³²

El caso de Munyeshyaka ha pasado a conectarse con el del antiguo prefecto de Gikongoro, Laurent Bucyibaruta, también residente en Francia. En septiembre de 2001 la Corte de Casación decidió agrupar los procedimientos sobre Ruanda en el Tribunal de Grande Instance de París. Por su parte, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda emitió, en junio de 2007, sendas órdenes de detención contra Wenceslao Munyeshyaka y Laurent Bucyibaruta, al tiempo que solicitó la transferencia de ambos procedimientos a los tribunales franceses, revisados en agosto del mismo año. La petición de transferencia de los procedimientos a Francia fue concedida por la Sala del Tribunal creada al efecto el 20 de noviembre de 2007.³³³

Otro caso de largo recorrido fue el del militar mauritano Ely Ould Dah, detenido el 3 de julio de 1999 en Montpellier, acusado de torturas en la prisión de Jreïda, en su país de origen, entre 1990 y 1991. En septiembre de 1999 fue puesto en libertad con cargos y regresó a

³²⁹ Dossier A 94/02071; Arrêt du 24 novembre 1994; Cour d'Appel de Paris; Quatrième Chambre d'Accusation; Appel d'une Ordonnance d'incompétence partielle et de recevabilité de constitution de parties civiles. Véase también: Cour de cassation, chambre criminelle, 26 mars 1996.

³³⁰ Chambre d'accusation de la Cour d'Appel de Nîmes, 20 mars 1996, núm. 96-0160.

³³¹ Cour de cassation, Chambre criminelle, Audience publique du 6 janvier 1998; núm. de pourvoi: 96-82491.

³³² Durante varios años el procedimiento apenas avanzó, lo que dio lugar a una demanda por parte de una de las víctimas contra Francia ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que dio la razón a la demandante; TEDH; Deuxième Section, Affaire Mutimura c. France (Requête no 46621/99), Arrêt, Strasbourg, 8 juin 2004. Entretanto el acusado fue juzgado en rebeldía en Ruanda y condenado por el Tribunal Militar de Kigali el 16 de noviembre de 2006 a cadena perpetua.

³³³ The Prosecutor v. Wenceslas Munyeshyaka, Case no ICTR-2005-87-I; Decision On the Prosecutor's Request for the Referral of Wenceslas Munyeshyaka's Indictment to France; Rule 11 bis of the Rules of Procedure and Evidence. 20 November 2007: The Prosecutor v. Laurent Bucyibaruta, Case no. ICTR-2005-85-I, Decision on Prosecutor's Request for Referral of Laurent Bucyibaruta's Indictment to France; Rule 11 bis of the Rules of Procedure and Evidence, 20 November 2007.

Mauritania en abril de 2000, donde goza de la protección gubernamental a pesar de la orden de detención internacional emitida en abril de 2000.

El 8 de julio de 2002 la Corte de Apelaciones de Nîmes ordenó la realización del juicio en rebeldía ante la Cour d'Assises de Nîmes; decisión confirmada, en octubre de 2002, por la Corte de Casación. Tras un largo período de demora, el juicio se inició el 30 de junio de 2005 y concluyó con la condena, el 1 de julio del mismo año, del acusado a 10 años de reclusión por crímenes de tortura.³³⁴ Khaled Ben Saïd, vicecónsul de Túnez en Estrasburgo, fue acusado el 9 de mayo de 1991 de torturas en su país, en febrero del mismo año, por una de sus víctimas con el apoyo de distintas organizaciones no gubernamentales. Aprovechando la demora de los tribunales franceses en dar curso al procedimiento penal, el acusado regresó a Túnez en enero de 2002.

El juez de Estrasburgo emitió una orden de detención internacional el 14 de febrero del mismo año. En 2007 el juez instructor remitió el caso a la Cour d'Assises du Bas-Rhin para el juicio en rebeldía. El 15 de diciembre de 2008, el acusado fue condenado a ocho años de prisión.

En el asunto conocido como «los desaparecidos de Beach», se denunció la desaparición en el puerto fluvial de Brazzaville de un numeroso grupo de más de trescientos de los cerca de 7.000 refugiados que regresaban al país procedentes de la República Democrática del Congo en mayo de 1999. Un grupo de organizaciones no gubernamentales demandó en Francia el 7 de diciembre de 2001, entre otras personas, a Denis Sassou Nguesso, presidente de la República del Congo; al general Pierre Oba, ministro del Interior; al general Norbert Dabira, inspector general de los ejércitos, residente en Francia, y al general Blaise Adoua, comandante de la Guardia Republicana. Los cargos imputados a los acusados eran los de tortura, desapariciones forzadas constitutivas de tortura y crímenes contra la humanidad. Tras numerosas incidencias procesales,¹³⁴ el procedimiento fue anulado en lo relativo a Jean-François Ndengue, director de la Policía Nacional de la República del Congo, pero sigue abierto para los otros acusados, por decisión de 20 de junio de 2007 de la Corte de Apelaciones de Versalles, confirmada por la Corte de Casación el 9 de abril de 2008.

Bélgica establece en su legislación y, más concretamente, el art. 7 de la Ley de 16 de junio de 1993 sobre represión de las infracciones graves de las convenciones internacionales de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y de los protocolos I y II de 8 de junio de 1977 adicionales a esta Convención, modificada en 1999, pasando a ser el artículo 7, la competencia de

³³⁴ Arret de la Cour de Cassation dans L’Affaire des Disparus du Beach de Brazzaville; Cour de Cassation, Chambre Criminelle, núm. W07-86.412 FS-D, núm. 1539, 9 Avril 2008.

sus tribunales para el enjuiciamiento de cualquiera de las infracciones previstas en la misma, independientemente del lugar en el que hayan sido cometidas, y al margen de la nacionalidad del autor o de la víctima.

La citada norma, modificada el 10 de febrero de 1999, permitir abrir diligencias contra el autor de un crimen de guerra, un crimen contra la humanidad o un hecho de genocidio, independientemente de que el autor del crimen se encuentre, o no, en territorio belga con el límite de que no se haya recibido la solicitud.

Respecto de la particularidad de la legislación belga, hay que recordar que la regla tradicional en materia de ejercicio de jurisdicción penal es el principio territorial, según el cual los tribunales de cada estado son los únicos competentes para enjuiciar los hechos cometidos en el territorio de los mismos, de modo que, aunque la jurisdicción universal sobre determinados comportamientos especialmente graves ha sido reconocida por algunos tratados internacionales y está siendo acogida por muchos estados, la posibilidad de juzgar delitos cometidos fuera del estado ha dado lugar a polémicas doctrinales y ha provocado discrepancias en la práctica.

Las autoridades belgas se mostraron decididas a situarse en la vanguardia en la protección a los derechos humanos por lo que, dando un paso al frente en dicha dirección, la mencionada ley de 1993 fue modificada por otra de 10 de febrero de 1999, sobre represión de las violaciones graves del Derecho internacional humanitario, cuyo art. 5.3 prescribe que el carácter oficial de la persona que presuntamente cometa tales infracciones no impedirá que se le apliquen sus disposiciones.

En el primero de los juicios, ante la Cour d'Assises de Bruxelles, fueron juzgadas cuatro personas («Los cuatro de Butare»), según procedimientos abiertos en 1995: Vincent Ntezimana, ex presidente de la Asociación del personal académico de la Universidad de Butare; Alphonse Higaniri, influyente político y empresario, y las religiosas benedictinas Consolata Mukangango (Sor Gertrude) y Julienne Mukabuteru (Sor Maria Kisito), acusadas de participar en la masacre de más de 7.000 personas en el convento del cual la primera era madre superiora. El 8 de junio de 2001 se hizo público el veredicto: Ntezimana fue condenado a doce años de prisión por crímenes de guerra; Higaniri fue condenado a veinte años de prisión por crímenes de guerra; Mukangango fue condenada a quince años de prisión y Mukabuteru fue condenada a doce años de prisión, en ambos casos por la comisión de crímenes de guerra.

En el segundo juicio, Etienne Nzabonimana y Samuel Ndashyikirwa, antiguos comerciantes de cerveza en la prefectura de Kibungo, fueron detenidos en Bélgica en 2002 y 2004,

respectivamente. El 28 de junio de 2005 fueron condenados a doce y diez años de prisión, respectivamente, por crímenes de guerra en conexión con su participación en las masacres que tuvieron lugar en esa zona de Ruanda.

El tercer juicio fue el de Bernard Ntuyahaga, mayor del ejército de Ruanda, implicado en el asesinato de diez soldados belgas miembros de la misión de la ONU encargados de la protección de la primera ministra Agatha Uwilingiyimana, asesinada el 7 de abril de 1994. El 5 de julio de 2007, la Corte lo declaró culpable del asesinato de los cascos azules y lo condenó a veinte años de prisión.

Un cuarto juicio se desarrolló el 9 de noviembre de 2009. Se trata del caso de Ephrem Nkezabera, que fue director del Banco Comercial de Ruanda y miembro de la dirección de la milicia hutú Interahamwe, la cual se encargaba de financiar. Fue detenido en 2004 en Bruselas acusado de crímenes de guerra y de genocidio.

Ha habido otros muchos intentos de ejercer la jurisdicción universal en Bélgica que, por distintos motivos, no han prosperado.³³⁵ Entre ellos está la demanda contra Augusto Pinochet, presentada en noviembre de 1998 por un grupo de exiliados chilenos cuando ya estaba detenido en el Reino Unido, y la orden de detención emitida contra el entonces ministro de Asuntos Exteriores de la República Democrática del Congo, Yerodia Abdoulaye Ndombasi,³³⁶ que dio lugar al litigio entre ambos países sometido a la Corte Internacional de Justicia. En su decisión de 6 de noviembre de 1998, el juez instructor rechazó la inmunidad de Pinochet, afirmó la aplicabilidad de la ley belga de crímenes de guerra de 1993 a hechos anteriores a su adopción y afirmó la perseguibilidad de los crímenes contra la humanidad en Bélgica sobre la base del derecho internacional consuetudinario. El juez de instrucción belga, Sr. Vandermeersch,

³³⁵ Entre ellos denuncias contra: el antiguo jefe de la seguridad palestina, Muhammad Dahlan; el ex presidente de China, Jiang Zemin; los máximos líderes de los Khmer Rouge de Camboya; el ex presidente de Irán, Ali Akbar Hachémi Rafsandjani; el ex ministro de Marruecos, Driss Basri; el presidente de Ruanda, Paul Kagame; el Presidente de la República del Congo, Denis Sassou Nguesso; el entonces presidente de Iraq, Saddam Hussein; el entonces presidente de Cuba, Fidel Castro; el presidente de Costa de Marfil, Laurent Gbagbo; el de la República Centroafricana, Ange-Félix Patassé, y el de Mauritania, Maaouya ould Sid'Amhed Taya.

³³⁶ El 11 de abril de 2000, una orden de arresto es librada en contra de Abdoulaye Yerodia, Ministro de Asuntos Extranjeros de la República Democrática del Congo, por incitación al genocidio. Trató a los rebeldes de «parásitos» y de «insectos» y habló de exterminación. Yerodia, se convirtió más tarde en Ministro de Asuntos Extranjeros, rechazando las acusaciones de iniciación al genocidio. La Corte Internacional de Justicia, apoyada por la RDC, lo arresta el 14 de febrero de 2002, en la cual niega a la justicia belga el derecho de lanzar una orden de arresto en contra de Yerodia, invocando a la inmunidad de la que goza aún el ex ministro congolés. La justicia belga declara algunos días después el arresto de la CIJ las quejas contra Yerodia como inaceptables, no por causa de la inmunidad del ex ministro, sino porque no se encuentra sobre territorio belga.

declaró su competencia para conocer de las denuncias presentadas en Bélgica contra Pinochet y dictó un auto de procesamiento en fecha 8 de junio de 1999³³⁷ y el 11 de abril de 2000, una orden internacional de arresto contra el entonces Ministro de Relaciones Exteriores de la República Democrática del Congo, Abdoulaye Yerodia Ndombasi, acusándole de haber cometido en dicho país, por acción u omisión, crímenes de Derecho internacional al haber incitado al odio racial mediante una serie de discursos incendiarios contra la población tutsi pronunciados durante agosto de 1998, que dieron lugar a una campaña de limpieza étnica, y a escenas de caza al hombre y de linchamientos, saldadas con cientos de víctimas en Kinshasa.

El requerimiento del juez belga, que fue transmitido a las autoridades del Congo y a la INTERPOL el 7 de junio de 2000 y, a través de ésta, alcanzó difusión internacional, concluía ordenando a todos los oficiales de justicia y agentes de la fuerza pública que ejecutasen la orden de arresto conduciendo al inculcado a la prisión belga de Forest.

Debemos mencionar que la sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 14 de febrero de 2002 ha venido a resolver la controversia en esta materia que enfrentaba a la República Democrática del Congo, como demandante, con el Reino de Bélgica, como demandado, cuyo origen mediato se encuentra en las disposiciones antes citadas del Derecho interno belga en la actualidad modificadas o en proceso de derogación.

El fallo de la Corte Internacional de Justicia fue objeto de diversas críticas tanto por los mismos magistrados a través de sus votos disidentes y también por sectores de la doctrina, los cuales pueden sintetizarse en los siguientes puntos:

- a) La Corte, al declarar la ilicitud de la orden de arresto de 11 de abril de 2000 contra el Sr. Yerodia, afirmó en forma implícita, pero clara, la primacía de las normas internacionales relativas a la inmunidad de las representantes estatales sobre las que imponen a los estados la obligación de adoptar medidas para prevenir y sancionar la comisión de crímenes contra la humanidad, estableciendo de este modo una escala normativa y de valores muy difíciles de compartir, pues semejante decisión no sólo pugna con elementales principios éticos, sino que resulta igualmente discutible desde el punto de vista jurídico, en la medida que obvia el pretendido carácter de *ius cogens* de estas últimas, ya que dicha naturaleza imperativa les dotaría de preferencia.

³³⁷ WERLE, G. y JESSBERGER, F., «La punibilidad de crímenes...» *Op. cit.* 30, pág. 149. «Sin embargo, no siempre es necesario esperar que exista una ley especial para aplicar una jurisdicción universal ya establecida por el Derecho Internacional. En Bélgica, en dos ocasiones, el juez no dudó en afirmar su jurisdicción universal, no basándose en la ley (muda a este respecto), sino fundándose directamente en el Derecho Internacional. Así en materia de piratería y de crímenes contra la Humanidad.

- b) Con su fallo, la Corte se aleja de las decisiones adoptadas por otros órganos judiciales internos, como la Cámara de los Lores inglesa que en el caso Pinochet rechazó dos veces la inmunidad del imputado frente a la solicitud de extradición del Gobierno español; o internacionales, como el Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, que en su condena al criminal de guerra Anto Furundzija admitió la responsabilidad personal de los individuos por actos de tortura independientemente de su posición oficial como Jefes de estado o Ministros de Gobierno, entre otras.
- c) La sentencia dictada por la Corte tuvo repercusiones prácticas sobre las acciones judiciales emprendidas ante tribunales belgas en aplicación de las leyes de 1993 y 1999 las cuales quedaron en la incertidumbre, a tal punto que en el año 2003 las nuevas autoridades belgas modificaron la legislación interna en cuestión a fin de que garantizara la inmunidad absoluta de las autoridades extranjeras.
- d) En un contexto más general, a pesar de que el fallo tiene efectos relativos respecto de las partes, lo cierto es que el fallo supone un retroceso en la evolución del reciente Derecho Internacional Humanitario por cuanto ha puesto obstáculos a su pretendida universalización.

Ya que una decisión de la Corte Internacional de Justicia de la Haya falló en contra de Bélgica y a favor de la inmunidad del ex ministro de Asuntos Exteriores del Congo, Yérodiá Aboulaye Ndomabsi, encausado y hallado culpable de crímenes de genocidio por un tribunal belga al amparo de la Ley Estatutaria de Bélgica (la de 1993) -que permite enjuiciar por ese tipo de delitos contra la humanidad a individuos independientemente de su nacionalidad y de su cargo- abrió el debate jurídico sobre la competencia belga para enjuiciar a Sharon y ha requerido la intervención del Tribunal de Apelación que sería quien dirima sobre esta cuestión. El hecho es que el Tribunal Internacional de La Haya no reconoció la competencia en el caso de Bélgica.

Otro caso es el relativo a la matanza de civiles en los campos de refugiados de Sabra y Chatila, en el Líbano, entre el 16 y el 18 de septiembre de 1982, en el que se demandó a distintos dirigentes israelíes, entre ellos al entonces ministro de defensa, Ariel Sharon, y al entonces brigadier general del ejército, Amos Yaron.³³⁸ La demanda presentada en marzo de

³³⁸ Tras una primera decisión de inadmisión por no encontrarse los autores en el territorio de Bélgica, por parte de la Cámara de Apelaciones de Bruselas, el 26 de junio de 2002, la Corte de Casación revocó dicha decisión el 12 de febrero de 2003, aunque apreció la existencia de inmunidad para Ariel Sharon, entonces primer ministro de Israel; 12 de febrero de 2003, Corte de Casación de Bélgica, Sentencia núm. P. 02.1139.F/1. La Cámara de Apelaciones de Bruselas, el 10 de junio de 2003, excluyó del caso a Ariel Sharon, pero el caso fue cerrado también para Amos Yaron, tras la modificación –el 23 de junio de 2003– de la ley belga que restringía el alcance de la jurisdicción universal, por decisión de la Corte de Casación, de 24 de septiembre de 2003.

2003 contra el presidente George H. W. Bush y otros por presuntas violaciones del derecho internacional humanitario en Iraq, fue rechazada a instancias del fiscal por la Corte de Casación.³³⁹ Otra demanda similar fue presentada en mayo de 2003 contra el general estadounidense Tommy Franks, comandante de las fuerzas de estados Unidos y el Reino Unido en Iraq y otros, por infracciones graves del derecho internacional humanitario.³⁴⁰

Asimismo en julio del 2001 se abrió un caso contra el primer ministro de Israel, Ariel Sharon, por las matanzas en los campos de refugiados de Sabra y Shatila de 1982 en el Líbano. Los crímenes acaecidos en estos lugares han sido considerados por Naciones Unidas como crímenes de genocidio, conforme a la Convención del Genocidio, firmada por Israel.

El objetivo de este ataque fue la expulsión total de la población palestina en el Líbano. El 15 de mayo de 2002 se reunió en Bruselas el Tribunal de Apelación belga a instancias de los abogados de las víctimas en el caso contra Sharon y de la Fiscalía General belga para determinar si finalmente Bélgica tenía o no jurisdicción para juzgar a Ariel Sharon. El Fiscal General de Bélgica mantenía una firme posición de apoyo a tesis de los abogados de las víctimas de Sabra y Chatila, según la cual Bélgica tiene competencia para enjuiciar a Sharon a través de la Ley Estatutaria belga de 1993.

El Tribunal de Apelación belga remitió al 28 de junio del mismo año la publicación de su decisión sobre la jurisdicción belga al amparo de la mencionada Ley. Finalmente la decisión del Tribunal de Apelación de Bruselas, declaró inadmisibile una denuncia relativa al caso «Sharon». La decisión del Tribunal basó en su análisis de la ley belga, que concluyó que no puede iniciarse en Bélgica investigación alguna sobre crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad o genocidio a menos que el sospechoso se encuentre en el país. Mas la sentencia del Tribunal Supremo de Bélgica (*Cour de Cassation de Belgique*) de 12 de febrero de 2003, citada en la resolución mayoritaria (caso Sharon y otros), ratifica el ejercicio de la jurisdicción universal sobre delitos de Genocidio, conforme a lo establecido en la Ley belga de 16 de julio de 1993, reformada por la de 10 de febrero de 1999, que establece una regulación similar a la prevenida en el artículo 23.4º de la española LOPJ. Califica el Genocidio como crimen de derecho internacional, y afirma la competencia de los Tribunales

³³⁹ Por cuanto, de acuerdo con la nueva ley belga, no había nacionales belgas entre los demandantes y ninguno de los demandados tenía su residencia en Bélgica; Bush George H. W. sr et consorts, Numéro: JC03901_1; Date: 2003-09-24, Cour de Cassation, Section Francaise, 2e Chambre, Numéro de rôle: P031216F.

³⁴⁰ Como el anterior, el caso fue cerrado por la Corte de Apelación de Bruselas el 23 de septiembre de 2003, en fallo confirmado por la Corte de Casación el 14 de enero de 2004, Général Tommy Franks, Numéro: JC041E2_2 Date: 2004-01-14, Cour de Cassation, Section Francaise, 2e Chambre; Numéro de rôle: P031310F.

belgas para el enjuiciamiento de dichos crímenes, «cualquiera que sea el lugar donde se hubieran cometido», resaltando que su persecución penal «no exige la presencia del inculpado en territorio belga».

La Ley belga de 10 de febrero de 1999, fue modificada en abril de 2003, en un sentido similar al de la reforma española de 2009, es decir de carácter restrictivo. La nueva regulación limita la posibilidad de ejercicio de la acción penal en supuestos de Jurisdicción Universal al Fiscal Federal y excluye supuestos en que los autores no fuesen de nacionalidad belga o no se encontrasen en su territorio.

En Austria, el Tribunal de Distrito de Salzburgo acusó el 31 de mayo de 1995, de genocidio en Bosnia al asilado Duso Cvjetkovic, declarando el Tribunal Supremo de Austria que los Tribunales austriacos tenían jurisdicción para juzgar el caso.

En **Dinamarca**, el asilado serbobosnio Refick Saric fue condenado por los Tribunales daneses por torturas en un campo de concentración bosnio.

En Holanda, el residente serbobosnio Darko Knesevic fue acusado, el 11 de noviembre de 1999, de varios crímenes de guerra, pero no fue juzgado, ya que el punto de vista de B.V.A. Roling, juez holandés en el tribunal militar internacional de Tokio, defendía que las Convenciones de Ginebra, si bien reconocen el principio de Jurisdicción Universal, lo hacen solamente respecto de los estados beligerantes entre sí.

En Hungría, la autoridad judicial local puede dar comienzo a la investigación de sospechosos de crímenes internacionales y reunir pruebas sobre los supuestos crímenes, pero sólo cuando el Fiscal General lo ordene. El ejercicio de la jurisdicción universal queda restringido por la exigencia de una decisión del Fiscal General (que tiene poder discrecional) para desencadenar el procedimiento.

En Suiza, se han celebrado dos juicios en el marco de la jurisdicción universal. Goran Grabez, de origen serbobosnio, solicitó asilo en Suiza en abril de 1995. Fue detenido y sometido a detención preventiva el 8 de mayo del mismo año. Aunque afirmó su jurisdicción en el caso, el 18 de abril de 1997, Goran Grabez fue absuelto de los cargos de crímenes de guerra, presuntamente cometidos en los campos de prisioneros de Omarska y Keratern, en 1992, por un tribunal militar en Lausana por falta de pruebas³⁴¹ y fue indemnizado por su período de detención.³⁴²

³⁴¹ 1 Jugement en la cause Goran Grabez, Tribunal militaire de division 1, Lausanne, 18 Avril 1997.

³⁴² Tribunal militaire de cassation, 5 Septembre 1997, Re G. G.

Fulgence Niyonteze, antiguo alcalde de la localidad ruandesa de Mushubati, obtuvo asilo en Suiza en mayo de 1995. Fue detenido en agosto de 1996 y sometido a detención preventiva el 30 de abril de 1999. Niyonteze fue condenado a cadena perpetua y a quince años de expulsión del territorio suizo por el Tribunal Militar de Lausana, por distintos cargos de crímenes de guerra cometidos en 1994.³⁴³ Los cargos de crímenes contra la humanidad y genocidio no se consideraron incluidos en la jurisdicción universal de Suiza.³⁴⁴

En el **Reino Unido**, en septiembre de 1997 fue detenido el médico sudanés, residente en Escocia, Mohammed Ahmed Mahgoub, acusado de cometer torturas en Sudán. El 1 de abril de 1999, Anthony Sawoniuk, fue condenado por asesinato de judíos y crímenes de guerra en territorio de lo que hoy es Bielorrusia.

Por otra parte, Suiza rechazó en julio de 2009 la extradición a Ruanda del ex ministro de Medio Ambiente Gaspard Ruhumuriza, perseguido por genocidio por las autoridades ruandesas, por entender insuficientemente fundadas las acusaciones.

Finalmente, hay que mencionar la decisión de la Fiscalía suiza, de 8 de mayo de 2003, de no dar trámite a la denuncia penal presentada el 21 de marzo del mismo año contra George W. Bush, Dick Cheney, Donald Rumsfeld, Colin Powell, Condoleezza Rice, Richard Myers, Tommy Franks, William Clinton, Tony Blair y Jack Straw, por crímenes contra la humanidad, genocidio y crímenes de guerra cometidos contra la población de Iraq, desde 1990.³⁴⁵ El fiscal se declaró incompetente por considerar que los crímenes contra la humanidad eran delitos de competencia cantonal y no federal, y que los crímenes de guerra pertenecían a la competencia de la jurisdicción militar, señalando además la inmunidad de George Bush en su calidad de jefe de estado en activo.

En Holanda, la regla general es que el Fiscal puede decidir no perseguir teniendo en cuenta el interés general. El Fiscal puede considerar si un caso es razonable con vistas a iniciar investigaciones. Para ello es relevante la existencia de prueba « *prima facie* » y que la acusación esté suficientemente concretada en lo que concierne al tiempo y lugar. Consiguien-

³⁴³ Jugement en la cause Fulgence Niyonteze, Tribunal militaire de division 2, Lausanne, 30 Avril 1999.

³⁴⁴ Se convirtió así en el primer ruandés condenado al margen de la jurisdicción ruandesa o de la del Tribunal Penal Internacional para Ruanda. En apelación se confirmaron algunos de los cargos y fue condenado el 26 de mayo de 2000 a catorce años de reclusión y a quince años de expulsión del territorio suizo; Tribunal Militaire d'Appel 1a, Genève, 26 mai 2000. En abril de 2001, el Tribunal Militar de Casación confirmó la sentencia; Niyonteze, Fulgence, Tribunal militaire de cassation: arrêt, 27-4-2001, 27 Avril 2001. El 29 de diciembre de 2005 Niyonteze fue puesto en libertad condicional y posteriormente expulsado de Suiza.

³⁴⁵ Affaire no MPC/EAIL/1/03/0085, Berne, 8 mai 2003, Ordonnance de refus de donner suite (artículo 100 al 3 PPF).

temente, el Fiscal tiene que ponderar todos los hechos y circunstancias con el fin de establecer si hay perspectivas razonables de éxito en las investigaciones en un tiempo razonable. El Fiscal, según el Reglamento, debe tener en cuenta en esta materia: (a) cuándo se cometieron los hechos denunciados; (b) qué posibilidades existen de que los testigos estén dispuestos a presentarse ante el Tribunal en Holanda; (c) si será posible reunir prueba suficiente para fundamentar una condena; (d) si otros estados podrán y querrán prestar ayuda en caso de que se les requiera. Pero no está obligado con carácter general a promover la investigación, y los Tribunales nacionales no pueden promoverla de oficio.

En los **Países Bajos**, el primer caso data de 1994, cuando fue presentada una denuncia por torturas contra Augusto Pinochet con ocasión de un viaje privado que realizó a este país. El fiscal rechazó el inicio de un procedimiento penal por distintos motivos, entre ellos que los Países Bajos no habían denegado ninguna solicitud de extradición y que no constaba la presencia del demandado en el territorio. Esta decisión fue avalada en apelación por el Tribunal de Amsterdam en enero de 1995.³⁴⁶

El siguiente caso fue el de Darko Knezevic, un serbobosnio acusado de crímenes de guerra cometidos en 1992 en la zona de Prijedor. En marzo de 1997 la Corte de Apelaciones de Arnhem entendió que los tribunales holandeses no eran competentes.³⁴⁷ Pero en noviembre de 1997, la Corte Suprema de los Países Bajos afirmó la competencia de los tribunales militares holandeses para juzgar a Knezevic con arreglo a la jurisdicción universal.³⁴⁸ No obstante, el proceso fue sobreesido posteriormente por falta de pruebas.

En 2001, en el caso Bouterse, en el que se discutía la responsabilidad del acusado, ex presidente de Surinam, por torturas cometidas en 1982, por las que había sido condenado in absentia en 1999, la Corte de Apelaciones de Amsterdam decidió, el 20 de noviembre de 2000, que no gozaba de inmunidad por la comisión de los crímenes que se le imputaban por su condición de ex jefe de estado y que podía ser perseguido por tortura en virtud de la jurisdicción universal.³⁴⁹

³⁴⁶ Public prosecutor of Amsterdam, 6 June 1994; Court of Appeal of Amsterdam, 4 January 1995; véase 28 NYIL, 1997, pág. 363.

³⁴⁷ Decision 19 March 1997, Arnhem Court of Appeal, military chamber AVNR 2300; anulando una decisión anterior: Arnhem District Court, Military chamber (Court chambers) Decision no. 05/07805-95 dated 21 February 1996.

³⁴⁸ Supreme Court of Netherlands, 11 November 1997. Criminal Division no. 3717 Besch. ab; decision in the matter of the appeal against a decision of the Arnhem Court of Appeal, military chamber, dated 19 March 1997; traducción inglesa de Peter Kell en 1 YIHL 1998, 600-607.

³⁴⁹ District Court of Amsterdam, Interlocutory Order of 3 March 2000; el texto de la decisión de la Corte de Apelaciones de Amsterdam, de 20 de noviembre de 2000, puede verse en 3 YIHL 2000, págs. 677-691 (traducción inglesa de Peter Kell).

No obstante, la Corte Suprema entendió en septiembre de 2001, que no era posible la persecución en Holanda de las torturas cometidas en esa fecha, ya que la Ley de Incorporación de la Convención contra la Tortura en el derecho neerlandés no se produjo hasta 1989 y, además, porque la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura requería algún vínculo con los Países Bajos.³⁵⁰

El primer juicio celebrado en los Países Bajos en aplicación del principio de jurisdicción universal tuvo lugar en 2004, en la persona de Sébastien Nzapali, antiguo miembro de la guardia presidencial del ex presidente Mobutu en la República Democrática del Congo y dirigente de un grupo paramilitar entre 1990 y 1995. Tras la caída de Mobutu, fue juzgado en su país por distintos delitos y condenado a prisión, pero logró huir a los Países Bajos. Reconocido por algunas de sus víctimas, fue detenido en septiembre de 2003 y acusado de torturas y violación.

Fue juzgado y condenado por torturas a dos años y medio de prisión, el 7 de abril de 2004, por la Corte de Distrito de Rotterdam.³⁵¹

En 2005 la Corte de Distrito de La Haya condenó a dos militares afganos, miembros de la policía secreta del régimen encabezado por Mohammad Najibullah, entre 1986 y 1992 –Heshamuddin Hesam y Habibullah Jalalzoy– por las torturas cometidas en dicho país. A ambos les había sido denegado el asilo en los Países Bajos, pero residían en el país. Fueron detenidos a finales de 2004 y acusados de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. El 14 de octubre de 2005 fueron condenados a doce y nueve años de prisión, respectivamente, por la Corte de Distrito de La Haya.³⁵²

El tercer juicio en los Países Bajos fue el de Abdoullah Faqirzada, miembro también de la policía secreta de Afganistán en el mismo período, acusado de crímenes de guerra. Como

³⁵⁰ Supreme Court (Hoge Raad), Criminal Chamber, judgment of 18 September 2001; LJN: AB1471, Hoge Raad, 00749/01 CW 2323; 4 YIHL 2001, págs. 710-722. 153 Al respecto, véase T. Kamminga, M. «Netherlands Judicial Decisions involving Questions of International Law: First Conviction under the Universal Jurisdiction Provisions of the UN Convention against Torture», 51 NILR (2004) 439-449.

³⁵¹ Al respecto, véase T. Kamminga, M., «Netherlands Judicial Decisions involving Questions of International Law: First Conviction under the Universal Jurisdiction Provisions of the UN Convention against Torture», 51 NILR (2004) 439-449.

³⁵² LJN: AV1489 and LJN: AV1163, District Court, 09/751005-04, cases against Heshamuddin Hesam and Habibullah Jalalzoy, 14 October 2005. Sobre el caso, véase Mettraux, G. «Dutch Courts' Universal Jurisdiction over Violations of Common Article 3 qua War Crimes», JICJ 4 (2006), págs. 362-371; Ward Ferdinands, «On the Question of Dutch Courts' Universal Jurisdiction. A Response to Mettraux» JICJ 4 (2006), págs. 881-883. La sentencia fue confirmada por la Corte de Apelación de los Países Bajos el 29 de enero de 2007; LJN: AZ9366, Court of Appeal The Hague, 09-751005-04, case against Habibullah Jalalzoy, 29 January 2007; LJN: AZ9365, Court of Appeal The Hague, 09-751004-04 and 09-750006-05, case against Heshamuddin Hesam, 29 January 2007; disponibles en www.rechtspraak.nl. Y por la Corte Suprema el 8 de julio de 2008; Criminal Division, núm. 07/10063, Supreme Court of the Netherlands, Judgment, 8-7-2008; LJN BC7418 y BC7421; disponibles en www.rechtspraak.nl.

los anteriores, solicitó infructuosamente el asilo en los Países Bajos. Fue detenido en 2006 y juzgado en junio de 2007. La Corte de Distrito de La Haya decidió el 25 de junio de ese año absolver a Faqirzada de los cargos, por falta de pruebas suficientes.³⁵³

En **Dinamarca** se han planteado también algunos casos vinculados al ejercicio de la jurisdicción universal. El primero de ellos fue el de Refik Saric,¹¹² un ciudadano musulmán de Bosnia acusado de colaboración en crímenes de guerra cometidos por guardianes croatas contra sus propios compañeros de prisión en Dretelj, durante el conflicto de la antigua Yugoslavia. Habiendo sido reconocido por algunas de sus víctimas, fue detenido en Dinamarca en 1994. El 25 de noviembre de ese mismo año Saric fue condenado por crímenes de guerra a ocho años de prisión y a la posterior expulsión de Dinamarca.³⁵⁴

El segundo caso fue también relativo a Augusto Pinochet, contra el que un grupo de exiliados chilenos presentó una denuncia a finales de 1998. El caso fue rechazado por la Fiscalía en diciembre de 1998, por considerar necesaria la presencia del sospechoso en el territorio danés.

En **Gran Bretaña**, concretamente en Inglaterra y Gales, también está prevista la jurisdicción universal para perseguir delitos como los crímenes de guerra, los delitos de tortura, secuestro o ciertos delitos de terrorismo. En principio, sin limitaciones, aunque el papel del Ministerio Fiscal, regido por el principio de oportunidad, es decisivo.

El caso Pinochet se inició en el Reino Unido como consecuencia de la orden de detención y la solicitud de extradición presentada por España en noviembre de 1998.

Los tribunales ingleses afrontaron dos cuestiones principales. La primera fue la relativa a la posible inmunidad de Pinochet, resuelta definitivamente en un sentido negativo por la decisión del Comité Judicial de la Cámara de los Lores el 24 de marzo de 1999.³⁵⁵ La segun-

³⁵³ LJN: BA9575, District Court decision in the Afghan deputy head case - Anonym, 25-7-2007 Public Prosecutors' Office number: 09/750001-06, The Hague, 25 June 2007.

³⁵⁴ Danish High Court, The Prosecution v. Saric, Eastern Division of High Court (Third Chamber), S-3396-94, 25 November 1994, Judgment. En apelación, la Corte Suprema de Dinamarca confirmó la sentencia el 15 de agosto de 1995; Prosecution v. Refik Saric, Supreme Court of Denmark, 15 August 1995, Ugeskrift for Retsvaesen 195, 838.

³⁵⁵ Opinions of the Lords of Appeal for Judgment in the Cause: Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others (Appellants) Ex Parte Pinochet (Respondent) (on Appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division); Regina v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others (Appellants) Ex Parte Pinochet (Respondent) (on Appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division), 24 March 1999. El Comité admitió parcialmente la apelación, juzgando posible la extradición solamente para los delitos de tortura y conspiración para la tortura cometidos después del 8 de diciembre de 1988, fecha de la entrada en vigor de la Convención contra la Tortura y

da consistió en el análisis de la presencia de los requisitos necesarios para proceder a aceptar la extradición, y fue resuelta por la decisión del magistrado Ronald D. Bartle, el 8 de octubre de 1999, que consideró que se reunían los requisitos necesarios para proceder a la extradición a España del general Pinochet. En definitiva, no se cuestionó la legitimidad de España para pedir la extradición en ejercicio de la jurisdicción universal.³⁵⁶

En el único caso de aplicación de la War Crimes Act de 1991, el 1 de abril de 1999 fue juzgado y condenado a cadena perpetua Anthony Sawoniuk por crímenes de guerra cometidos en la Unión Soviética en 1942. A instancias de la denuncia formulada por una organización no gubernamental, el 10 de septiembre de 2005, un juez de Londres emitió una orden de detención contra el general israelí Doron Almog. Se le acusaba de infracciones graves del Cuarto Convenio de Ginebra de 1949 por la adopción de represalias consistentes en la demolición de viviendas palestinas en el campo de Rafah, en la franja de Gaza. Al día siguiente el general llegó al aeropuerto de Heathrow, donde le esperaba la policía para detenerle. Advertido de ello se negó a descender del avión y los agentes decidieron no subir a detenerlo, por lo que el acusado regresó a Israel en el mismo avión. Sarwar Zardad era uno de los comandantes en Afganistán del grupo armado Hezb-i-Islami liderado por Gulbuddin Hekmatyar. Huyó a Londres tras el triunfo armado de los talibanes y fue detenido en julio de 2003 y acusado de torturas y toma de rehenes el 9 de octubre de 2004. El 19 de julio de 2005 fue condenado a veinte años de prisión.

En el Reino Unido también ha sido polémica la cuestión de la extradición de cuatro ruandeses acusados de genocidio detenidos en distintas ciudades del país: Vincent Bajinya aka Brown, Celestine Ugirashebuya, Charles Munyaneza y Emmanuel Nteziryayo. Fueron detenidos a finales de 2006 como consecuencia de la solicitud de las autoridades ruandesas y el 6 de junio de 2008 el magistrado responsable del caso concedió la extradición.³⁵⁷ Pero, en apelación, el 8 de abril de 2009, la High Court de Londres decretó la libertad de los cuatro detenidos. En este caso el Reino Unido ni extraditó ni juzgó a los acusados.³⁵⁸

Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, de 1984, para el Reino Unido. Sobre el caso en el Reino Unido, Bianchi, A., «Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case», EJIL (1999), vol. 10 núm. 2, págs. 237-277; Warbrick, C. Martín Salgado, E. y Goodwin, N. «The Pinochet Cases in the United Kingdom», 2 YIHL 1999, págs. 91-117.

³⁵⁶ La apelación ante la High Court, cuya vista estaba señalada para el 20 de marzo de 2000, no llegó a celebrarse por la liberación de Pinochet, por razones médicas.

³⁵⁷ The City of Westminster Magistrates' Court in the case of The Government of the Republic of Rwanda v Vincent Bajinya Charles Munyaneza, Emmanuel Nteziryayo, Celestin Ugirashebuya, 6 June 2008

³⁵⁸ El juicio en el Reino Unido es prácticamente imposible, ya que no es posible la aplicación retrospectiva de la International Criminal Court Act de 2001, ni la de la Geneva Conventions Act de 1957 a conflictos armados no internacionales.

En **Suecia** es posible la persecución de crímenes de guerra cometidos por extranjeros en el marco del principio de jurisdicción universal. En 2002 se presentó una denuncia contra Ariel Sharon en relación con la masacre de los campamentos de Sabra y Chatila, en el Líbano. A pesar de que el fiscal consideró que Suecia tenía jurisdicción, renunció a ejercerla por entender que no tendría resultados, a causa de la presumible ausencia de cooperación por parte de Israel.³⁵⁹ Abdi Hasan Awale Qeybdiid, fue uno de los comandantes del ejército de Farah Aidid, en Somalia. Fue detenido por las tropas de estados Unidos en 1993 y puesto en libertad después de unos meses. En 2001 se convirtió en jefe de Policía de Mogadiscio. Acusado de crímenes de guerra fue detenido en Lund, Suecia, en octubre de 2005, cuando participaba en una reunión internacional. No obstante, las pruebas que resultaron de la investigación fueron consideradas insuficientes y fue puesto en libertad.

En el caso Arklöv, aunque se trata de un ciudadano sueco de origen liberiano, el caso es relevante, porque la nacionalidad del acusado no hubiera sido un impedimento para su persecución en Suecia.³⁶⁰ Jackie Arklöv fue acusado de crímenes de guerra en los campos de prisioneros de Gabela y Grabovina, en 1993, cuando participó como voluntario en el conflicto de la antigua Yugoslavia junto a las tropas croatas. Fue sentenciado por un tribunal de Bosnia a trece años de prisión, después reducidos a ocho, y tras unas semanas fue puesto en libertad en 1996 en el marco de un intercambio de prisioneros. Al llegar a Suecia fue detenido, pero posteriormente puesto en libertad por considerar la sentencia insuficientemente fundada. No obstante, en 1999 fue condenado a cadena perpetua por el asesinato de dos policías en Suecia. En marzo de 2004 la Fiscalía reabrió el caso de Bosnia con nuevos testigos y, finalmente, Arklöv fue acusado en 2006 de crímenes de guerra y torturas, juzgado entre noviembre y diciembre de 2008 y condenado el 1 de diciembre de ese año, al entender el tribunal que la pena de cadena perpetua que ya estaba cumpliendo era aplicable también a los nuevos delitos.³⁶¹

En enero de 2006 se presentó una denuncia contra un oficial ruso, Vjatjeslav Sucharev, que se encontraba en Suecia participando en unas maniobras militares, por presuntos crímenes cometidos en Chechenia. La Fiscalía renunció a abrir un procedimiento por considerar que el sospechoso gozaba de inmunidad, según el derecho internacional, ya que su presencia se debía a una invitación del Gobierno sueco.³⁶²

³⁵⁹ Prosecutor Thomas Lindstrand, decision on police complaint 0104-K 102-02, September 19, 2002, Dnr C9-1- 842-02. El recurso fue rechazado por los mismos motivos: Decision by Superior Prosecutor Björn Ericsson, November 14 2002, Dnr 100 2002/1158; datos de Amnesty International, Sweden. End Impunity through Universal Jurisdiction, núm. Safe Haven Series, núm. 1, 2009.

³⁶⁰ Sobre el caso, véase Klamberg, M., «International Criminal Law in Swedish Courts: The Principle of Legality in the Arklöv Case», *Int'l Crim. L. Rev.* 9 (2009) 395-409.

³⁶¹ Prosecutor v. Jackie Arklov, Stockholm District Court, Case No. B 4084-04, Judgment of 18 December 2006.

³⁶² Chief Prosecutor Thomas Häggström, decision on complaint 509A06000018, January 26 2006, Dnr 509A-19-06. Datos de Amnesty International, Sweden. End Impunity through Universal Jurisdiction, No. Safe Haven Series, No. 1, 2009.

Por otra parte, el 23 de junio de 2008, la Fiscalía de Estocolmo anunció que no iba a abrir una investigación en relación con la denuncia contra el ex ministro de defensa y contra el ex vicepresidente de los estados Unidos, Donald Rumsfeld y Dick Cheney, que habían sido objeto, en la primavera de 2007, de una denuncia por crímenes de guerra y tortura en Iraq, Afganistán y Guantánamo. Y, como ya se ha indicado, Silvère Ahorugeze, antiguo director de aviación civil de Ruanda, fue puesto en libertad en Dinamarca por falta de pruebas de su implicación en el genocidio. Sin embargo Ahorugeze fue detenido de nuevo en julio de 2008 en Suecia al ser reconocido por una de sus víctimas en la embajada de Ruanda en dicho país. Ruanda solicitó entonces su extradición por crímenes de guerra y genocidio. En mayo de 2009 la Corte Suprema de Suecia autorizó la extradición, que fue decidida por el Gobierno sueco el 9 de julio. Ahorugeze recurrió ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el 13 de julio de 2009, alegando que no existían garantías de la celebración de un juicio justo en su país. La extradición fue suspendida por Suecia el 16 de julio, como consecuencia de la petición formulada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En **Finlandia**, que dispone de un sistema de Jurisdicción Universal amplio, la legislación procesal presupone la presencia en el territorio del estado de la persona que es acusada por un delito cometido en el extranjero. En la práctica, el principio de universalidad no se ha aplicado nunca a personas que no estén presentes en el país. El primer caso se registró en 2003, cuando un grupo de personas pertenecientes al grupo Falun Gong presentó una denuncia penal contra Luo Gan, dirigente del Buró Político del Partido Comunista, por torturas y genocidio contra los miembros del grupo. Durante su visita a Finlandia a principios de septiembre, Luo Gan fue notificado formalmente de la imputación, pero regresó a China antes de que se tomaran otras medidas.

Un nuevo caso se ha suscitado recientemente. Se trata del caso de François Bazaramba, pastor de la Iglesia Baptista en 1994 en Nyakizu, en el sur de Ruanda. En abril de 2007 fue detenido en Finlandia acusado de participar en el genocidio. En febrero de 2009 Finlandia denegó la extradición de Bazaramba a Ruanda, sobre la base de los argumentos utilizados por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda. En junio de 2009, el fiscal general estableció contra el detenido cargos de genocidio, crímenes de guerras y crímenes contra la humanidad. El juicio se inició en septiembre de 2009.

En **Noruega**, el primer juicio en ejercicio de la jurisdicción universal ha sido el de Mirsad Repak, ciudadano bosnio croata que obtuvo la nacionalidad noruega en 2001, acusado de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad cometidos en el centro de detención de Dretelj, en 1992, contra prisioneros serbios. Repak fue detenido en Noruega en mayo de 2007 y se formuló la acusación en mayo de 2008, cuando entró en vigor la nueva legislación. En septiembre de ese año, la Corte del Distrito de Oslo afirmó la competencia de los

tribunales noruegos y decidió continuar el juicio. El 2 de diciembre, Repak fue declarado culpable de once cargos de detenciones ilegales y condenado por esta corte a cinco años de prisión.³⁶³ En mayo de 2007, el bosnio Sakib Dautovic fue detenido en Noruega como presunto autor de crímenes de guerra en la zona de Velika Kladusa durante el conflicto de la antigua Yugoslavia.

A la vista de las informaciones relativas a las malas condiciones de las prisiones bosnias³⁶⁴, la Corte Regional de Noruega rechazó conceder la extradición de Dautovic a Bosnia, por lo que previsiblemente será juzgado en Noruega. Por otra parte, hubo un intento del fiscal del Tribunal Penal Internacional para Ruanda de transferir el procedimiento relativo a Michel Bagaragaza, bajo custodia de dicho tribunal, a Noruega el 15 de febrero de 2006. Pero su solicitud fue rechazada por la Sala de Primera Instancia el 11 de mayo y por la Sala de Apelaciones el 30 de agosto, por considerar que la legislación noruega no garantizaba adecuadamente la persecución de ciertas modalidades de genocidio.³⁶⁵

En abril de 2009 un grupo de abogados presentó ante la Fiscalía de Noruega una denuncia contra diez dirigentes de Israel por crímenes de guerra cometidos durante el ataque a la franja de Gaza de diciembre de 2008 y enero de 2009. Entre los aludidos están el ex primer ministro Ehud Olmert, el ministro de defensa Ehud Barak y la dirigente de la oposición Tzipi Livni.

C) Fuera de Europa, destacamos:

En Canadá, la Jurisdicción de los Tribunales del país para enjuiciar los crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra se regula en la *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*, aprobada en junio de 2000.

Según su artículo octavo dicha jurisdicción podrá ejercerse sobre delitos cometidos fuera del país en los siguientes casos:

- a) Si en el momento de cometerse el delito: el presunto responsable era canadiense, trabajaba para el estado de Canadá –como civil o militar– o bien era nacional o

³⁶³ Oslo District Court, Judgment Delivered 2nd December 2008, Case no 08-018985MED-OTIR/08.

³⁶⁴ Véase al respecto la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Fourth Section, Case of Rodic and 3 Others v. Bosnia and Herzegovina, (Application no. 22893/05), Judgment, Strasbourg, 27 May 2008.

³⁶⁵ Trial Chamber III, The Prosecutor v. Michel Bagaragaza, Case no. ICTR-2005-86-R11bis, Decision on the Prosecution Motion for Referral to the Kingdom of Norway, Rule 11 bis of the Rules of Procedure and Evidence; 19 May 2006; In the Appeals Chamber, Decision of: 30 August 2006, The Prosecutor v. Michel Bagaragaza, Case núm. ICTR-05-86-AR11bis, Decision on Rule 11bis Appeal. El intento posterior de trasladar el procedimiento a los Países Bajos también fracasó.

trabajaba para un estado que mantuviera con Canadá un conflicto armado; o si la víctima era un nacional o nacional de un estado aliado de Canadá en un conflicto armado.

b) Si después de cometido el hecho, el presunto responsable estuviera en Canadá.

El ejercicio de la jurisdicción universal en Canadá tiene dos etapas bien definidas. La primera deriva de la adopción en 1987 de una ley³⁶⁶ de modificación del Código Penal que admite, con notables limitaciones, dicha jurisdicción respecto de los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad. En aplicación de la misma, entre 1987 y 1992 se presentaron cargos contra cuatro personas por crímenes presuntamente cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, aunque finalmente ninguna de ellas llegaría a ser condenada: Imre Finta (en 1988), Michael Pawlowski (en 1989), Stephen Reistetter (en 1990) y Radislav Grujicic (en 1992). En los tres últimos casos ni siquiera se llegó a terminar el juicio.³⁶⁷ Finta fue absuelto el 25 de mayo de 1990, tras un juicio con jurado ante la High Court de Ontario, presidida por el juez Campbell.³⁶⁸

La segunda etapa deriva de la adopción de la Ley sobre los Crímenes contra la Humanidad y los Crímenes de Guerra, que entró en vigor el 23 de octubre de 2000.³⁶⁹ El primer caso que ha sido objeto de persecución penal en aplicación de esta Ley es el de Désiré Munyaneza, un influyente comerciante afincado en Butare (Ruanda) que participó activamente en el genocidio de 1994. El 19 de octubre de 2005, Munyaneza fue detenido en Toronto con cargos de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. Tras rechazar el juez de primera instancia algunas excepciones preliminares mediante decisión de 20 de no-

³⁶⁶ An Act to amend the Criminal Code, the Immigration Act and the Citizenship Act, S.C. 1987, c. 37 [RSC 1985, c. 30 (3rd Supp.)]. Entró en vigor el 16 de septiembre de 1987.

³⁶⁷ Al respecto, véase Pigrau Solé, A., «La persecución de los criminales de guerra en Canadá: De Rauca a Munyaneza», REDM, núm. 89, enero-junio 2007, págs. 89-162.

³⁶⁸ 69 O.R. 2d 557 (Ont. HC 1989). La sentencia fue confirmada en apelación por la Corte de Apelación de Ontario en abril de 1992; 73 CCC (3d) 65 (Ont. CA)(1992). Y por la Corte Suprema de Canadá el 24 de marzo de 1994; Regina v. Finta, [1994] 1 S.C.R. 701 (SCC). A pesar de que la Corte Suprema confirmó la jurisdicción de Canadá sobre los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad, su razonamiento hacía muy difíciles las condenas, puesto que aceptó las alegaciones de la defensa de actuación en calidad de agente del orden y de obediencia a las ordenes militares; sobre el caso Finta, véase COTLER, I. «Regina v. Finta [1994] 1 SCR 701. Supreme Court of Canada, March 24, 1994», AJIL vol. 90, núm. 3, 1996, págs. 460-476; Pigrau Solé, A. «La persecución de los criminales de guerra en Canadá: De Rauca a Munyaneza», *op. cit.*

³⁶⁹ The Crimes against Humanity and War Crimes Act, RSC 2000, c. 24. Sobre la Ley, véase Schabas, W.A., «Canadian Implementing Legislation for the Rome Statute», 3 YIHL (2000), págs. 337-346; TORROJA MATEU, H. «Tipificación y Represión de los crímenes de Derecho internacional en Canadá», en MI-TJANS, E., (ed.), CASTELLA, J.M. (coord.), Derechos y libertades en Canadá, Atelier, Barcelona, 2005, págs. 480-489.

viembre de 2006,³⁷⁰ el juicio se inició en marzo de 2007. El veredicto fue dictado el 22 de mayo de 2009,³⁷¹ considerando al acusado culpable de todos los cargos.³⁷²

El único intento hasta ahora de ejercer la jurisdicción universal en **Nueva Zelanda** ha quedado frustrado por la decisión del fiscal general. Se trata de la denuncia contra Moshe Ya'alon, jefe del estado Mayor del ejército israelí en 2002, cuando se produjo el ataque aéreo en Al-Daraj contra el edificio en el que vivía el dirigente de Hamas, Salah Shehadeh, en el que resultaron muertas quince personas y heridas otras 150, y supuso la destrucción total o parcial de cerca de cuarenta viviendas, un asunto que también ha dado lugar a un procedimiento en España. En noviembre de 2006 un juez de la Corte de Distrito de Auckland dictó una orden de detención contra el militar por la comisión de una infracción grave del Cuarto Convenio de Ginebra de 1949. No obstante, el fiscal general decidió, el 28 de noviembre de 2006, dar por terminada la persecución.

En los Estados Unidos gracias al U.S Code 1091, es posible la persecución del delito de Genocidio, independientemente del lugar donde se haya cometido, cuando el supuesto responsable sea estadounidense, se encuentre en el país o sea extranjero o apátrida con residencia permanente en el mismo. El principio de jurisdicción universal ha encontrado su aplicación, en el ámbito civil, en numerosos casos en el marco de la Alien Tort Claims Act y la Torture Victim Protection Act de 1991.³⁷³ Si el caso Filártiga afirmó el carácter consuetudinario de la norma que prohíbe la tortura,³⁷⁴ otros casos han ido ampliando progresivamente

³⁷⁰ Court Supérieure, Province de Québec, District de Montréal, No. 500-73-002500-052, Sa Majesté La Reine c. Désiré Munyaneza, 20 novembre 2006.

³⁷¹ R. c. Munyaneza 2009 QCCS 2201; Sa Majesté la Reine, v. Désiré Munyaneza, núm. 500-73-002500-052, Cour Supérieur du Québec, Chambre Criminelle - District de Montréal, Province de Québec, Canada / Her Majesty the Queen v. Désiré Munyaneza, n.º 500-73-002500-052, Montreal Superior Court, Criminal Division - Province of Quebec, Canada; Date: 22 mai 2009; Jugement.

³⁷² El 29 de octubre de 2009 fue condenado a cadena perpetua.

³⁷³ ATCA; Act of 24 September 1789, ch. 20, § 9 (b), 1 Stat. 79; June 25, 1948, ch 646, § 1, 62 Stat. 934; 28 USC § 1350 (2004); TVPA, Act March 12, 1992, P. L. 102-256, 106 Stat. 73 (1992); Sobre ello: STEPHENS, B., 'Expanding Remedies for Human Rights Abuses: Civil Litigation in Domestic Courts', 40 GYIL (1997) 117-140; COLIVER, S. GREEN, J. y HOFFMAN, P. «Holding Human Rights Violators Accountable by Using International Law in U.S. Courts: Advocacy Efforts and Complementary Strategies», Emory Int'l L. Rev., vol. 19, 2005, págs. 169-226; PIGRAU SOLE, A. «La responsabilidad civil de las empresas transnacionales a través de la Alien Tort Claims Act por su participación en violaciones de derechos humanos», *op. cit.*

³⁷⁴ «In light of the universal condemnation of torture in numerous international agreements, and the renunciation of torture as an instrument of official policy by virtually all of the nations of the world (in principle if not in practice), we find that an act of torture committed by a state official against one held in detention violates established norms of the international law of human rights, and hence the law of nations.» Filártiga, 630 F.2d 876 (June 30 1980). Otros casos de tortura han sido incluidos en la jurisdicción del ATCA: en Chile, Cabello Barrueto v Fernández Larios 205 F Supp 2d 1325, (2002, SD Fla); en Etiopía, Abebe-Jira v. Negewo, 72 F.3d 844 (11th Cir. 1996), o en Filipinas, Trajano v. Marcos (In re Estate of Marcos Human Rights Litig.), 978 F.2d 493 (9th Cir. 1992).

el elenco de delitos que son susceptibles de reclamación a través de esta vía. Así ha sido en relación con supuestos de detenciones arbitrarias prolongadas o ejecuciones extrajudiciales en Argentina;³⁷⁵ ejecuciones extrajudiciales, desaparición o detenciones arbitrarias en Guatemala;³⁷⁶ crímenes de guerra y genocidio en Bosnia;³⁷⁷ crímenes contra la humanidad en Chile;³⁷⁸ crímenes de guerra en Bosnia³⁷⁹ o un conjunto genérico de violaciones entre las cuales están crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra, secuestro, ejecuciones extrajudiciales, violación, mutilación, esclavitud sexual y asesinato, en Argelia.

En el ámbito penal, en cambio, las posibilidades legales son mucho menores.³⁸⁰ La jurisdicción universal fue reconocida como un derecho de Israel en el procedimiento de extradición de John Demjanjuk, tanto por la Corte de Distrito como por la Corte de Apelaciones en 1985, lo que posibilitó la concesión de su extradición.³⁸¹

En el caso Yunis, en 1991, los tribunales de Estados Unidos afirmaron de nuevo su jurisdicción universal en relación con cierto tipo de delitos, como la toma de rehenes y el secuestro de aeronaves en este caso, aunque en la práctica prevaleció el principio de personalidad pasiva.³⁸² Recientemente se ha aplicado por primera vez la Ley de 1994,³⁸³ que permite el ejercicio de la jurisdicción universal en el caso de torturas cometidas en el extranjero por nacionales o residentes en Estados Unidos o extranjeros, aunque en el caso en cuestión el acusado posee la nacionalidad de estados Unidos.

³⁷⁵ Forti vs Suarez-Mason, 672 F. Supp. 1531 (N.D. Cal. 1987).

³⁷⁶ Xuncax vs Gramajo, 886 F. Supp. 162 (D. Mass. 1995).

³⁷⁷ Kadic vs Karadzic, 70 F.3d 232 (2th Cir., 1995).

³⁷⁸ Cabello Barrueto vs Fernández Larios 157 F.Supp. 2d 1345 (S.D. Fla. 2001).

³⁷⁹ Mehinovic vs Vuckovic, 198 F. Supp. 2d 1322 (N.D. Ga. 2002).

³⁸⁰ Sobre el desfase entre los delitos cubiertos en la jurisdicción universal civil y penal en estados Unidos, véase Hari M. Osofsky, «Domesticating International Criminal Law: Bringing Human Rights Violators to Justice», Yale LJ, vol. 107, 1997, págs. 191-226.

³⁸¹ 612 F. Supp. 544 (N.D. Ohio 1985); 776 F.2d 571 (6th Cir. 1985), 475 U.S. 1016 (1986).

³⁸² En un supuesto en que el FBI llevó a los estados Unidos por la fuerza, en 1987, al sospechoso de participar en el secuestro de un avión jordano, en 1985; 681 F. Supp. 896 (D.D.C. 1991); 924 F.2d 1086 (6th Cir. 1991).

³⁸³ 18 USC § 2340A. En ella se dispone lo siguiente: «§ 2340A. Torture (a) Offense— Whoever outside the United States commits or attempts to commit torture shall be fined under this title or imprisoned not more than 20 years, or both, and if death results to any person from conduct prohibited by this subsection, shall be punished by death or imprisoned for any term of years or for life. (b) Jurisdiction.— There is jurisdiction over the activity prohibited in subsection (a) if— (1) the alleged offender is a national of the United States; or (2) the alleged offender is present in the United States, irrespective of the nationality of the victim or alleged offender. (c) Conspiracy— A person who conspires to commit an offense under this section shall be subject to the same penalties (other than the penalty of death) as the penalties prescribed for the offense, the commission of which was the object of the conspiracy».

Se trata de Charles Taylor, hijo del ex presidente de Liberia, Charles Taylor. Fue juzgado por el Tribunal de Distrito de Miami por delitos de torturas cometidas por la unidad militar antiterrorista que dirigía en Liberia, entre 1999 y 2002. Fue condenado el 9 de enero de 2009 a 97 años de prisión.

En **Israel** solamente cabe mencionar dos casos relativos a crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial. El primero fue el célebre caso Eichmann, un antiguo dirigente nazi secuestrado en Argentina por los servicios secretos israelíes en mayo de 1960 y juzgado, después, en Israel en 1961 por crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, en el que se aludió claramente a la jurisdicción universal, aunque no fue el fundamento único de la sentencia. El 15 de diciembre de 1961 fue declarado culpable de todos los cargos y condenado a la pena de muerte por el Tribunal de Distrito de Jerusalén.³⁸⁴ El recurso de apelación fue desestimado por la Corte Suprema de Israel el 29 de mayo de 1962. Eichmann fue ahorcado el 1 de junio del mismo año.³⁸⁵

El segundo caso fue de John Demjanjuk. Fue extraditado desde los Estados Unidos a Israel en 1986, acusado de ser Iván el Terrible, un significativo guardián en el campo de concentración nazi de Treblinka. Allí fue juzgado y condenado a muerte. Pero tras una apelación de cinco años, la Corte Suprema israelí anuló el fallo en julio de 1993 al considerar que no estaba probada que Demjanjuk fuera realmente la persona conocida como Iván el Terrible.³⁸⁶

En **Senegal**, como ya se indicado al tratar de los casos en Bélgica, está pendiente el caso del ex presidente del Chad, Hissène Habré. Habré, que ya había sido sometido a procedimientos penales desde enero de 2000, que no tuvieron continuidad en Senegal fue detenido de nuevo en este país el 15 de noviembre de 2005, pero la Corte de Apelaciones de Dakar, al examinar la solicitud de extradición de Bélgica se declaró incompetente para decidir sobre la misma el 25 de noviembre de ese año.³⁸⁷ Ante la compleja situación, el presidente de Senegal, Abdoulaye Wade, sometió el asunto al presidente de la Unión Africana, que lo sometió a su vez a la cumbre de dicha organización de enero de 2006. La UA se pronunció contra la extradición de Habré a Bélgica y creó un comité de juristas africanos encargado de buscar

³⁸⁴ The Attorney-General of the Government of Israel v Eichmann Case, District Court of Jerusalem, Criminal Case núm. 40/61, Judgment of 15 December 1961; ILR 1968.

³⁸⁵ Supreme Court of Israel, Criminal Appeal núm. 336/61, Judgment of 29 May 1962.

³⁸⁶ DEMJANJUK, V. The Attorney-General of Israel, Supreme Court of Israel, Judgment of 29 July 1993. Demjanjuk regresó a estados Unidos, que le devolvió su nacionalidad antes de arrebatársela nuevamente en el 2002, en el contexto de un nuevo proceso de deportación.

³⁸⁷ Alegando la inmunidad de jurisdicción de un antiguo jefe de estado; una inmunidad que le negaba su propio país, ya que la Ley de Amnistía de 1995 excluye expresamente a Hissène Habré; Loi n.º 010/PR/95. Posteriormente Habré fue juzgado en rebeldía y condenado a muerte en Chad en agosto de 2008.

una solución en Africa.³⁸⁸ En la siguiente cumbre de la UA, el 2 de julio de 2006, se decidió que Senegal debía juzgar a Habré, en nombre de Africa,³⁸⁹ lo que implicaba abordar reformas legales en dicho país, cosa que se hizo el 31 de enero de 2007 mediante la adopción de una ley que establece la jurisdicción universal para los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad y la tortura, y en julio de 2008 se llevó a cabo una reforma constitucional. A pesar de que fue presentada una nueva demanda por un grupo de víctimas ante la Fiscalía de Senegal el 16 de septiembre de 2008, el juicio todavía no se ha celebrado.³⁹⁰

En Australia, el 1 de septiembre de 1999, se dictó la sentencia en el caso *Nulyarimma v. Thompson*, en la que se afirmó que, salvo legislación que lo establezca, nadie puede ser juzgado por genocidio ante los tribunales de Australia.

Por último, en **Turquía y Japón** la presencia del acusado en el territorio nacional, aun cuando no se mencione legalmente, es la regla general, puesto que no puede abrirse el juicio oral si el acusado no está presente, por lo que la investigación no conducirá a ninguna conclusión si el acusado no se encuentra en Turquía o se prevé que pueda estarlo.

³⁸⁸ Entretanto el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas se había pronunciado sobre el tema recordando a Senegal su obligación de extraditar o juzgar a Habré; Naciones Unidas, Doc. CAT/C/36/D/181/2001, 19 de mayo de 2006, Comunicación núm. 181/2001: Senegal. Decisión del Comité contra la Tortura en virtud del artículo 22 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes –36º período de sesiones–, Comunicación núm. 181/2001.

³⁸⁹ Union Africaine, Décision sur le procès de Hissène Habré et l'Union africaine, Doc. Assembly/Au/3 (vii); 2 juillet 2006.

³⁹⁰ Esta demora ha motivado que Bélgica haya presentado una demanda contra Senegal ante la Corte Internacional de Justicia, por incumplimiento de la obligación de juzgar o extraditar. En este contexto la Corte denegó las medidas cautelares demandadas por Bélgica, atendiendo al compromiso expreso de Senegal de no poner en libertad a Habré hasta que la Corte se pronuncie sobre el fondo; ICJ, *Case Concerning Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*. Request for the Indication of Provisional Measures. Order, 28 May 2009.

CAPITULO 2. EL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL. ORIGEN Y EVOLUCION NORMATIVA. PRINCIPALES REFORMAS

2.1. CONCEPTO DE JUSTICIA UNIVERSAL. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Ya BECCARIA, señalaba que la mejor forma de prevenir el delito es la «persuasión de no encontrar lugar sobre la tierra en el que el crimen haya de quedar impune»³⁹¹ Constituye este criterio uno de los principios que atribuyen la competencia a los tribunales españoles y, por lo tanto, uno de los que establecen el ámbito de aplicación de la ley penal en el espacio.

OLLE SESE ³⁹² define la «Justicia Universal» como «un principio derivado del DI, que posibilita a los tribunales internos ejercer, en representación de la Comunidad Internacional, la jurisdicción penal para el enjuiciamiento de determinados crímenes internacionales cometidos en cualquier lugar, con independencia de la nacionalidad de las víctimas y victimarios, mediante la aplicación del Derecho Penal interno y/o DIP. El ejercicio de la jurisdicción penal universal para crímenes internacionales de segundo grado está sometido a una serie de requisitos; sin embargo, para los de primer grado, dada su naturaleza y la necesaria protección de intereses o bienes jurídicos supranacionales que ofenden a toda la comunidad internacional, no está sujeta a ningún nexo de conexión con el estado que la ejerce. Requiere la ausencia de cosa juzgada y su ejercicio es relativamente concurrente respecto de otras jurisdicciones domésticas o internacionales». LAMARCA PEREZ ³⁹³ define este principio como «el instrumento que posibilita la persecución y el enjuiciamiento por un estado de los crímenes más graves e intolerables que ofenden a toda la comunidad internacional».

El principio de justicia universal como principio jurídico que permite o exige a un Estado enjuiciar penalmente ciertos crímenes, independientemente del lugar donde se haya cometido el crimen y de la nacionalidad del autor o de la víctima y su fundamento radica en que los crímenes son tan perjudiciales para los intereses internacionales que los Estados es-

³⁹¹ BECCARIA, C. De los delitos y de las penas, Buenos Aires, 1958, pág. 182.

³⁹² OLLE SESE, M. Justicia Universal para crímenes internacionales. Madrid: La Ley, 2008, Capítulo 2, apartado 1.1: Concepto de derecho penal internacional y de justicia universal, pág. 200 y ss.

³⁹³ LAMARCA PEREZ, C. «El principio de jurisdicción universal y la competencia de la jurisdicción española en los casos de Argentina y Chile», Revista de Derecho Penal y Criminológica, n. 1 extraordinario (2000), pág. 60.

tán autorizados, e incluso obligados, a entablar una acción judicial contra el perpetrador, con independencia del lugar donde se haya cometido el crimen y la nacionalidad del autor o de la víctima. En este sentido AMBOS³⁹⁴ defiende la posición de que el principio *nullum crimen* en el Common Law implica la irretroactividad de la ley penal (*lex praevia*), la certeza de la ley penal (*lex stricta*) y la prohibición de analogía (*lex stricta*). Como puede apreciarse sólo la vertiente de *lex scripta* podría colisionar con el principio de legalidad instaurado en el sistema continental. La realidad es que actualmente en algunos de los sistemas de Common Law los delitos están previstos, en su totalidad, en las leyes, no quedando resquicio alguno a la costumbre para ser fuente del derecho penal doméstico, sin embargo parte de la doctrina todavía sigue considerando la posibilidad de la costumbre de ser fuente del derecho penal, cosa que a mi entender ha quedado, reitero, actualmente sin posibilidad alguna. A pesar de todo y siguiendo a AMBOS, podemos sostener que sólo en Gran Bretaña y Canadá la costumbre podría ser fuente del derecho penal.

El carácter prioritario y universal de la protección de los derechos humanos es lo que determina su amplísima extensión y así:

- a) Las jurisdicciones nacionales tendrán competencia para juzgar a los responsables por la comisión de crímenes graves de derecho internacional sin limitaciones territoriales.
- b) Las jurisdicciones nacionales tendrá competencia para juzgar a los responsables por la comisión de crímenes graves de derecho internacional, aunque el autor no esté sujeto a su ordenamiento jurídico.
- c) Las jurisdicciones nacionales tendrán competencia para juzgar a los responsables por la comisión de crímenes graves, sin importar que la víctima sea nacional o residente del estado que va a ejercer su jurisdicción contra el presunto responsable.

Por lo tanto los fundamentos del principio de justicia universal son dos, en primer lugar, ciertos crímenes son tan graves que atentan contra toda la comunidad internacional; y en segundo lugar, no debe existir impunidad para quienes los hayan cometido para que ésta se convierta en una norma jurídica vigente. Además se deben cumplir tres condiciones básicas para que el principio de jurisdicción universal se aplicase: la existencia de una razón específica para la jurisdicción universal, una definición suficientemente clara del crimen y de sus elementos constitutivos, y medios nacionales de aplicación que permitan a las instancias judiciales nacionales ejercer su jurisdicción sobre esos crímenes. Como pone de manifiesto

³⁹⁴ AMBOS, K. «Fundamentos de la imputación...», 2009, pág. 2 y 3.

CEREZO MIR³⁹⁵ un aspecto muy controvertido es el de la imprescriptibilidad de los crímenes objeto de enjuiciamiento en virtud de este principio, dado que hay autores que sitúan esta figura como parte del derecho penal y otros que la relacionan con el derecho procesal. En este orden de ideas, es preciso significar que la imprescriptibilidad contenida en el Estatuto de la CPI, no es de aplicación retroactiva, es decir, los crímenes internacionales cometidos con anterioridad a la entrada en vigor del Convenio de Roma, no podrían ser perseguidos por la Corte Penal Internacional. Por ello, no hace falta entender si los cometidos con anterioridad prescriben o no, al no tener competencia la Corte Penal sobre los mismos. En cuanto a la competencia *ratione temporis*, el art. 11 del ECPI establece que la Corte sólo tendrá competencia para conocer de los crímenes tipificados en su Estatuto una vez haya entrado en vigor con respecto al Estado Parte, por lo que en principio se respetaría el principio de legalidad, en su vertiente de irretroactividad de la ley pena.³⁹⁶ Ciertamente, algunos Estados aplican una retroactividad material a la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales, mientras otros no. Esta discordancia es significativa, toda vez que unos Estados podrán en aplicación de la justicia universal enjuiciar crímenes ya prescritos por el paso del tiempo, mientras que otros encontrarán un serio límite a ello. Los dispares criterios de cada Estado hacen que podamos encontrarnos con situaciones divergentes. En unos casos se legitima una aplicación de la justicia universal muy amplia, mientras que en otros es más restringida y limitada. En este orden de cosas, la cooperación entre Estados resultará fundamental para solventar las diferencias existentes, eso sí, siempre dentro de la legalidad de las partes implicadas. En nuestro ordenamiento y en palabras del Tribunal Supremo, Sentencia núm. 102/2012, de fecha 27 de febrero, «(...) *aun cuando los Tratados Internacionales sobre la materia fijaran la imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad, esa exigencia que ha sido llevada a nuestro ordenamiento jurídico interno, tiene una aplicación hacia futuro y no es procedente otorgarle una interpretación retroactiva por impedirlo la seguridad jurídica y el art. 9.3 de la Constitución y art. 1 y 2 del Código Penal*». En definitiva, la aplicación retroactiva de la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales no puede practicarse en nuestro ordenamiento jurídico.

Pero continuando con la aplicación de la ley penal en virtud de este principio, debemos señalar que es necesaria la concurrencia de un presupuesto fundamental: la naturaleza internacional del delito que se somete a este principio, lo ³⁹⁷ que plantea el problema de de-

³⁹⁵ CEREZO MIR, J. Obra citada, 1998.

³⁹⁶ PIGNATELLI y MECA, F. «La Corte Penal...», 2007 pág. 835; también se podría defender la postura que dicha circunstancia podría estar vinculada con el derecho al juez predeterminado por la ley, más que con el principio de legalidad; cfr. MEDELLIN URQUIAGA, X. et al 2009, loc cit, pág. 40; cfr. SCHABAS, W.A. «An Introduction...», loc cit, 2012, pág. 69 y ss.

³⁹⁷ Como señala SANCHEZ LEGIDO, A. «Jurisdicción universal penal y Derecho Internacional», Valencia, 2004, pág. 40, esto es lo que diferenciaría el principio de justicia universal con el principio de justicia supletoria.

terminar qué delitos afectan a la comunidad internacional y qué delitos están fuera de esta categoría. Existen dos posiciones doctrinales a la hora de determinar la clase de delitos que deberían ser objeto de persecución por la aplicación de este principio. En primer lugar, la de quienes opinan, postura mayoritaria, que sólo deberían encuadrarse aquellos delitos que atentan a los intereses comunes a toda la comunidad internacional, es decir, aquellos delitos internacionales³⁹⁸, y sólo en la medida que vengan predeterminados en acuerdos internacionales³⁹⁹. Otros entienden que se ha de extender este catálogo de delitos que, por su gravedad o la gran peligrosidad de su autor⁴⁰⁰. La práctica habitual de los Estados, en la que se puede apreciar una relativa uniformidad, es la reserva de la aplicación de este criterio para concretas infracciones de bienes jurídicos cuya represión ha sido acordada internacionalmente.

En el caso español, el art. 96 de la Constitución establece la plena incorporación al ordenamiento interno de los tratados internacionales válidamente celebrados. Por tanto, desde la ratificación del Convenio contra el genocidio o del Convenio contra la tortura, España se encuentra comprometida a prevenir y sancionar tales hechos. Sin embargo, en el caso español se produjo, además, una decisión legislativa por la que dicho compromiso no se limitaba a lo dispuesto en los Tratados, sino que pasaba a formar parte expresamente de las reglas sobre competencia de los Tribunales españoles.

³⁹⁸ De esta opinión JESCHECK, H.H. «Tratado de Derecho Penal, Parte General», Barcelona, 1981, pág. 229. Respecto al concepto de delito internacional, vid. HINOJOSA SEGOVIA, R.: «La persecución de los Delitos en casos supranacionales», en Cuadernos de Derecho Judicial, t. IX, 1999, pág. 296; REMIRO BROTONS, A.: «Los crímenes de Derecho Internacional y su persecución judicial», en El Derecho Penal Internacional, Cuadernos de Derecho Judicial, 2001, págs. 69-70.

³⁹⁹ En este sentido, QUINTANO RIPOLLES, A. «Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal», t. II, Madrid, 1957, pág. 98; FIERRO: La ley penal y el Derecho Internacional, Buenos Aires, 1977, pág. 163; BUENO ARUS, F. «Los delitos internacionales y el Derecho penal español», en Revista jurídica de Castilla-La Mancha, núm. 7, 1989, pág. 80; DIEZ SANCHEZ, J.J. El Derecho Penal Internacional (Ambito de aplicación de la ley penal), Madrid, 1990, págs. 181-182; BACIGALUPO, E. Principios de Derecho Penal, Parte General, Madrid, 4ª edición, 1997, pág. 119. Similar postura parece adoptar GARCIA ARAN, M. Crimen Internacional y Jurisdicción universal, Valencia, 2000, págs. 67-69, al señalar que en virtud de este principio el estado se reserva la competencia y a la vez asume el compromiso de perseguir conductas que lesionan determinados bienes jurídicos reconocidos por toda la comunidad internacional y en cuya protección se encuentra vinculada; todos los delitos enumerados en el artículo 23.4 de la LOPJ se apoyan en la suscripción de Convenios o Tratados Internacionales; BUENO ARUS, F. / MIGUEL ZARAGOZA, J. de: Manual de Derecho Penal Internacional, Madrid, 2003, pág. 144. Sin embargo, PALOMO DEL ARCO, A. «La aplicación extraterritorial de la ley penal española», en Cuadernos de Derecho Judicial, núm. IX, 1999, pág. 60, apunta que el principio de universalidad se apoya en la legalidad internacional preexistente de carácter tanto convencional como consuetudinaria. Parece ser esa también la postura de SANCHEZ LEGIDO, A. «Jurisdicción universal penal y Derecho Internacional», Valencia, 2004, págs. 118-253, al intentar demostrar que el principio de justicia universal respecto de determinados delitos más graves está vigente en el Derecho Internacional General.

⁴⁰⁰ En este sentido, JIMENEZ DE ASUA, L. «Tratado de Derecho Penal», t. II, Buenos Aires, 3ª edición, 1964, pág. 767; MAURACH, R. «Tratado de Derecho Penal», traducción y notas de Juan Córdoba Roda, Barcelona, 1966, pág. 132.

LAMARCA PEREZ⁴⁰¹ advirtió de los peligros que genera la internacionalización del Derecho penal, ya que se planteaba un grave problema de colisión con el principio de legalidad y el mandato de irretroactividad de la norma penal, al incorporar a la ley penal una norma *ius cogens* y que tiene validez *erga omnes*. Señala esta autora que debía partirse que nuestro ordenamiento regula el principio de legalidad penal «*nullum crimen, nulla poena sine lege*» mientras que en el Derecho internacional se articula solamente como «*nullum crimen sine iure*», por lo tanto, a diferencia de lo que ocurría en los ordenamientos internos, la tipicidad de los crímenes internacional contra la seguridad de la humanidad no se determinaría en el orden internacional por su incorporación a textos escritos.

CAPELLA I ROIG indica que «por esta naturaleza especial, su recepción en el derecho interno implicaría grandes dilemas, ya que su vocación de aplicabilidad universal no podría verse impedida por límites temporales ni territoriales: su validez *erga omnes* y preexistente a la recepción interna exigiría un «radical replanteamiento del tema».⁴⁰²

Por otro lado, también ha provocado controversia la interpretación de la cláusula de cierre «cualquier otro, que según los Tratados o Convenios Internacionales, deba ser perseguido en España». En relación a los delitos previstos en tratados internacionales pero enumerados expresamente en el art. 23.4 LOPJ, la doctrina sostenía, antes de la reforma de 2009, que España podía perseguirlos aunque se cometan en el extranjero por extranjeros y los sujetos no se encuentren en España puesto que lo establece la propia Ley orgánica del Poder Judicial conforme a lo dispuesto en los Tratados correspondientes en los que, si bien no se impone el principio de justicia universal con carácter absoluto, si se permite que los Estados lo prevean en sus legislaciones internas.⁴⁰³ Parecía que aquellos delitos no expresamente contenidos en la lista del art. 23.4 LOPJ eran perseguibles en virtud del principio de justicia universal siempre que según el Tratado en cuestión, el delito debiera ser perseguido en España. El problema radicaba en que muchos tratados internacionales que regulaban estos delitos internacionales no imponían de forma absoluta el principio de jurisdicción universal, sino que tan solo se permitían su jurisdicción conforme a la normativa interna de cada Estado. Por ello, la doctrina recalcó que para un correcto funcionamiento y efectividad del principio de justicia universal en esta cláusula abierta se deberían incluir todos los delitos que afecten a intereses internacionales declarados por los Tratados internacionales correspondientes, ya sea expresa o tácitamente y que hayan sido ratificados por España.

⁴⁰¹ LAMARCA PEREZ, C. «Internacionalización del Derecho penal y principio de legalidad: el caso Scilingo», La Ley penal, núm. 34, enero 2007, págs. 69-77.

⁴⁰² CAPELLÀ i ROIG, M. «Los crímenes contra la humanidad en el caso Scilingo», Revista Electrónica de Estudios internacionales, 2005, www.reei.org.

⁴⁰³ BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I. / PEREZ CEPEDA, A.I. «Derechos humanos y Derecho penal. Validez de las viejas respuestas frente a las nuevas cuestiones, Revista penal, num. 26, julio 2010, pág. 83.

CUERDA RIEZU⁴⁰⁴ sostuvo que para que se pudiera fundamentar esta competencia, el Estado en cuestión debía prever una jurisdicción obligatoria, no siendo suficiente una jurisdicción facultativa.

Por su parte CAPELLÀ I ROIG, entendía que debía darse el mismo tratamiento a esta cláusula que al art. 6 del Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945, en los Juicios de Nürnberg, que determinaba que los crímenes contra la Humanidad actuaban como norma de cierre, para cerrar la salida a las posibles escapatorias destinadas a obstaculizar el castigo de los autores de graves atropellos.

La cuestión se planteó en el proceso Pinochet, y así como el art. 1 del Convenio contra el Genocidio establece que «las Partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y sancionar» y el art. 6 del Convenio establece que las personas acusadas serán juzgadas «por un Tribunal competente del estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente...». Esto significaba que el Tratado obligaba a España a sancionar el genocidio, pero, al establecerse que los genocidas serán juzgados por un tribunal del territorio de comisión o por una corte internacional, no quedaba obligada a extender su jurisdicción a hechos cometidos en el extranjero.

Esta disposición fue alegada por el Ministerio Fiscal en su recurso ante el Pleno de la Audiencia Nacional contra el Auto que declaraba la competencia española. Según dicho recurso, la declaración del art. 6 del Convenio al establecer el enjuiciamiento del genocidio en el territorio de comisión o ante una corte internacional, excluía la competencia jurisdiccional española sobre actos de genocidio supuestamente cometidos en Chile o, a la inversa, la limita a los actos de genocidio cometidos en España.

La incorporación del convenio al ordenamiento español en 1968 habría supuesto una limitación para que el legislador estableciera la competencia extraterritorial sobre el genocidio cuando en 1985 se promulgó la Ley Orgánica del Poder Judicial⁴⁰⁵, pero la interpretación contraria de la Audiencia Nacional al resolver sobre este extremo del recurso fue muy clara: el Convenio «no excluye la existencia de órganos judiciales con jurisdicción distintos de los

⁴⁰⁴ CUERDA RIEZU, A.R. / RUIZ COLOME, M.A. «Observaciones sobre el Estatuto del Tribunal Penal Internacional», en *El nuevo Código penal: Presupuestos y fundamentos*, Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Angel Torío López, Granada, 2000.

⁴⁰⁵ Apunta el mismo argumento, RODRIGUEZ RAMOS, L. «La extradición de Pinochet: error jurídico, ¿error político?», *La Ley*, num. 4837; PALOMO DEL ARCO, A. «La aplicación extraterritorial de la ley española» *Derecho Judicial*, núm. IX, 1999, págs. 139-140, 147; BUENO ARUS, F. / MIGUEL ZARAGOZA, J. de: «Manual de Derecho Penal Internacional», Madrid, 2003, págs. 150-152.

del territorio del delito o de un tribunal internacional. El Convenio pretende un compromiso de las partes para evitar la impunidad del genocidio y sería contrario al mismo pretender que el citado art. 6 limita el ejercicio de la jurisdicción y excluye a todas las que no sean la del territorio o la de una corte internacional.» En suma, «que las partes contratantes no hayan acordado la persecución universal del delito por cada una de sus jurisdicciones nacionales no impide el establecimiento, por un estado parte, de esa clase de jurisdicción para un delito de trascendencia en todo el mundo y que afecta a la comunidad internacional directamente...». Asimismo, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en Auto de 5 de noviembre de 1998, respecto del Decreto Ley chileno de amnistía de 1978, lo consideró contrario al *ius cogens* y, por tanto, inoperante para el enjuiciamiento de Augusto Pinochet por parte de las autoridades judiciales españolas.⁴⁰⁶

La interpretación de la Audiencia condujo a entender que el Tratado contenía un compromiso de mínimos (prevenir y sancionar) que no impedía al legislador interno ir más allá en sus decisiones favorecedoras de la persecución y sanción del delito objeto del acuerdo, estableciendo la competencia extraterritorial en virtud del principio de justicia universal.⁴⁰⁷

Esta interpretación ha sido frecuente en nuestra doctrina⁴⁰⁸; del convenio no se deriva la competencia universal, pero tampoco existe una prohibición de la misma. Como apunta GALAN MARTIN⁴⁰⁹,» no se trata de dar lecciones a ningún país, sino de permitir a las víc-

⁴⁰⁶ En este sentido: BASSIOUNI, M.C. «El Derecho Penal Internacional. Proyecto de Código Penal Internacional», Madrid, 1984, traducido por De la Cuesta Arzamendi, pág. 75; DIEZ SANCHEZ, J.J. «El Derecho Penal...», Madrid, 1990, pág. 187, REMIRO BROTONS, A.: El Caso Pinochet. Los límites de la impunidad, Madrid, 1999, págs. 66-67; el mismo: «Los crímenes de Derecho internacional y su persecución judicial», en El Derecho Penal Internacional, Cuadernos de Derecho judicial, 2001, págs. 96-122; GARCIA SANCHEZ, B. «La competencia española para enjuiciar a Pinochet», en Diario de las Audiencias, viernes 7 de abril de 2000, pág. 3; GARCIA ARAN, M. «Crimen Internacional y Jurisdicción Universal», Valencia, 2000, pág. 82.

⁴⁰⁷ Sobre un estudio de las distintas resoluciones que se dictaron en el Caso Pinochet, GARCIA SANCHEZ, B. «La Competencia española para enjuiciar a Pinochet», en Diario de las Audiencias, número 194, viernes 7 de abril de 2000, págs. 1-7.

⁴⁰⁸ ESPINAR VICENTE, J.M. / RUIZ ENRIQUEZ, C. «Derecho internacional...» recuerda que la competencia establecida en el art.23.4 LOPJ existe incluso cuando España no tenga vinculación ni con el lugar de comisión, ni con la nacionalidad de los sujetos ni con el ataque a intereses estatales.

⁴⁰⁹ GALAN MARTIN, J.L. «El Caso Scilingo: breve crónica judicial», Revista La Ley Penal: revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario, n. 25, año III, Marzo, 2006, paginas 21-31. Vid. sobre el origen y evolución del principio de justicia universal: CEREZO MIR, J. «Curso de Derecho Penal Español», Parte General, I, Introducción, Madrid, 5.ª edición, 1996, pág. 206; SANCHEZ LEGIDO, A. Jurisdicción universal penal y Derecho Internacional, Valencia, 2004, págs. 41-56. Como señala SANCHEZ LEGIDO, A. Jurisdicción universal penal y Derecho Internacional, Valencia, 2004, pág. 40, esto es lo que diferenciaría el principio de justicia universal con el principio de justicia supletoria. De esta opinión JESCHECK: Tratado de Derecho Penal, Parte General, Barcelona, 1981, pág. 229. Respecto al concepto de delito internacional, vid. HINOJOSA SEGOVIA, R. «La persecución de los Delitos en casos supranacionales», en Cuadernos

timas la satisfacción de sus derechos que hasta ahora no había sido posible en sus respectivos países.» OLLE SESE⁴¹⁰, sostiene que los bienes jurídicos protegidos por el principio de universalidad no son patrimonio de ningún estado, sino que pertenecen a la comunidad internacional, donde, al amparo del art. 2 de la Carta de Naciones Unidas todos los estados son iguales. Los criterios convencionales de atribución jurisdiccional para la persecución de crímenes internacionales no impiden el establecimiento unilateral de otros criterios de atribución a través de la ley nacional de los estados⁴¹¹ y fundamenta este deber de persecución como un deber positivo de los estados en la protección de los derechos humanos: «si la jurisdicción universal se sustenta en la existencia de bienes jurídicos supranacionales, es un derecho-deber de todos los estados proteger estos bienes jurídicos pertenecientes al Derecho Internacional y perseguir a quienes los lesionan». FERNANDEZ SANCHEZ, por su parte, considera que se trata de una *actio popularis* para reprimir las infracciones especialmente graves y, en consecuencia, perseguir a los responsables⁴¹².

Como sostiene PEREZ SERRANO⁴¹³ y otros autores españoles, la aplicación del principio de justicia universal es concurrente y no subsidiaria respecto de otras eventuales jurisdicciones nacionales y de la Corte Penal Internacional, con la única limitación de la existencia de cosa juzgada.⁴¹⁴ En palabras de CONDE-PUMPIDO⁴¹⁵, «debemos desechar la tentación de considerar que el Tribunal Penal Internacional resolverá en el futuro todas las cuestiones

de Derecho Judicial, t. IX, 1999, pág. 296; REMIRO BROTONS, A. «Los crímenes de Derecho Internacional y su persecución judicial», en *El Derecho Penal Internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial, 2001, págs. 69-70. En este sentido: QUINTANO RIPOLLES, A. *Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal*, t. II, Madrid, 1957, pág. 98; FIERRO: *La ley penal y el Derecho Internacional*, Buenos Aires, 1977, p. 163; BUENO ARUS, F. «Los delitos internacionales y el Derecho penal español», en *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 7, 1989, pág. 80; DIEZ SANCHEZ, J.J. «El Derecho Penal Internacional (Ambito de aplicación de la ley penal)», Madrid, 1990, págs. 181-182; BACIGALUPO, E. «Principios de Derecho Penal», Parte General, Madrid, 4ª edición, 1997, pág. 119.

⁴¹⁰ OLLE SESE, M. «Crímenes contra la humanidad...» *Revista de la Ley Penal*, n. 25, página 2, año III, Marzo 2006. pág. 10.

⁴¹¹ OLLE SESE, M. «Crímenes contra la humanidad y jurisdicción universal», *Revista de la Ley Penal*, n. 25, página 2, año III, Marzo 2006.

⁴¹² FERNANDEZ SANCHEZ, P.A. «Estudios de Derecho Internacional» volumen I, páginas. 499-512, año 2002.

⁴¹³ PEREZ-SERRANO, M. «El principio de Justicia Universal, especial referencia al caso Scilingo» página 10. «En la aplicación del principio de justicia universal es concurrente y no subsidiario respecto de otras eventuales jurisdicciones nacionales y de la CPI, con la única limitación de la existencia de cosa juzgada, aunque ello no es óbice, reitero, para abordar la revisión de tal principio cuando el TPI sea completamente operativo».

⁴¹⁴ Sobre el principio de justicia universal y el principio de cosa juzgada, cfr. GARCIA ARAN, M.: *Crimen internacional y Jurisdicción universal*, Valencia, 2000, págs. 83-87, quien niega dichos efectos a las leyes citadas en el texto.

⁴¹⁵ CONDE-PUMPIDO, C. «La Justicia Universal en la jurisdicción española», *Revista de Fundamentación de Instituciones Jurídicas y Derechos Humanos*, n. 51, año 2004, Págs. 49-74.

relativas a los crímenes de carácter internacional, ya que sus propias limitaciones competenciales y de funcionamiento, harán necesario que también continúe haciéndose efectivo el principio de Justicia Universal a través de las jurisdicciones nacionales.»

Siguiendo este criterio, el 10 de enero de 2006, la Sección cuarta de la Audiencia Nacional, admitió la jurisdicción y competencia de los tribunales españoles en el caso Tíbet argumentando que los hechos revestían, *prima facie*,⁴¹⁶ caracteres de un delito de genocidio (FJ 8), porque es inoperante la propia jurisdicción territorial y la Corte Penal Internacional (FJ 9), y, finalmente, porque la querella no supone un ejercicio abusivo del derecho⁴¹⁷. La amplitud con la que se interpretaba en la legislación española la jurisdicción universal llevó a un sector doctrinal⁴¹⁸ a ver en la jurisdicción española una amenaza de constituirse en un Tribunal Penal Internacional paralelo, y ello se ha convertido en los últimos años en un grave problema que ha generado multitud de conflictos diplomáticos hasta el extremo que la propia Audiencia Nacional se impuso para evitar convertirse en un Tribunal paralelo con el llamado «criterio de razonabilidad» que impediría la jurisdicción si se apreciase «exceso o abuso de derecho por la absoluta ajenidad del asunto, por tratarse de delitos y lugares totalmente extraños y/o alejados y no acreditar el denunciante o querellante interés directo o relación con ellos».

Al son de estas últimas posiciones doctrinales se han venido llevando a cabo varias reformas por el poder legislativo que han ido, paulatinamente, restringiendo el ámbito de apli-

⁴¹⁶ El 3 de noviembre de 2005, conforme a lo establecido en el art. 264 LOPJ, el pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional adopta un acuerdo para la unificación de criterios en torno a la aplicación del principio de jurisdicción extraterritorial recogido en el art. 23.4 LOPJ que determina la necesidad de la realización de un examen de oficio sobre la propia jurisdicción en las demandas y querellas interpuestas por alguno de los delitos cuya competencia venga asignada a la jurisdicción española en virtud del art. 23.4 LOPJ, al considerar que se trata de una cuestión de orden público procesal.

⁴¹⁷ El País, 9.VI.2006; «Pekín convoca al embajador español para quejarse de las imputaciones de genocidio», El País, 9.VI.2006; «China pide "medidas efectivas" para que la Audiencia abandone el caso sobre el Tíbet», Europa Press, 7-V-2009. «La Audiencia Nacional ordena detener al ex presidente chino Jiang Zemin», Efe, 19-XI-2013; «China arremete contra España por investigar el caso Tibet», <http://noticias.terra.es/espana/china-arremete-contra-espana-por-investigar-el-caso-tibet,6c299f8413572410VgnCLD200000ec6eb0aRCRD.html>.

PEREZ, J.F., «El juez Moreno ordena detener al ex presidente de China Jiang Zemin», El País, 10-II-2014 (visitadas el 14-II-2014). ;AN, Sala de lo Penal (Pleno), Auto de 23.III.2012, Recurso de Apelación nº 148/2011, Id Cendoj28079220012012200001 . También en este caso, tres magistrados formularon voto particular invocando por una parte una muy discutible interpretación de los Convenios de Ginebra según la cual, tratándose de crímenes de guerra, no operaría la subsidiariedad, y rechazando por otra que la investigación abierta en estados Unidos fuera eficaz y suficiente.

⁴¹⁸ Los llamados «Juicios de Madrid» han sido objeto de críticas y alabanzas por parte de nuestra doctrina. Así GIL GIL, A ha sido la mayor crítica ya que a su entender, estos « han constituido, sin duda, junto con la creación de los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda, el principio del Derecho penal internacional moderno» OLLE SESE, M., sostiene sensu contrario que « España, en los últimos años, ha sido pionera en la defensa de los Derechos Humanos. La rentabilidad de la Justicia Universal no se mide por juicios celebrados sino por efectos y consecuencias producidas».

cación de este principio y la competencia de los tribunales españoles en un intento desesperado por acallar las presiones internacionales y dar respuesta a los conflictos diplomáticos surgidos como consecuencia de su aplicación.

2.2 LA REGULACION DEL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL EN LA LEY ORGANICA 6/1985 DE 1 DE JULIO DEL PODER JUDICIAL

2.2.1. DELIMITACION NORMATIVA DEL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL

En nuestro ordenamiento jurídico el principio de justicia universal se definió en los arts. 23.4 y 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985 de 1 de Julio (en adelante LOPJ), al atribuir a la jurisdicción española competencia «para conocer de los hechos... susceptibles de tipificarse como alguno de los siguientes delitos:

- a) genocidio (art. 607 CP.);
- b) terrorismo (arts. 571-580 CP.);
- c) piratería;
- d) falsificación de moneda (arts. 386-388 CP.);
- e) los relativos a la prostitución (arts. 187-190 CP.);
- f) tráfico ilegal de drogas psicotrópicas y sustancias estupefacientes (art. 359 a 378 CP.);
- g) los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España;
- h) Cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España».

Conforme a la citada norma, carecía de trascendencia el territorio, la nacionalidad del responsable del delito o la nacionalidad de la víctima, siendo la naturaleza del delito lo que determinaba el carácter de la jurisdicción. Se regulaba así el principio de jurisdicción de forma absoluta en el sentido de que la jurisdicción española, fuera o no punible el hecho en el lugar de ejecución era competente para su enjuiciamiento condicionando su ejercicio a un único requisito: que el presunto delincuente no hubiera sido absuelto, indultado o penado y,

en este último caso, que hubiera cumplido la condena (art. 23.5 LOPJ). España se coloca a la vanguardia de la aplicación de este principio.⁴¹⁹

Sin embargo, es a raíz de las denuncias presentadas por la Unión Progresista de Fiscales contra los integrantes de las Juntas Militares argentina y chilena, en el sumario 19/1997 incoado ante el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional, y de la decisión por unanimidad del Pleno de la Audiencia Nacional de pronunciarse a favor de la competencia de los Tribunales españoles para conocer de esta clase de delitos, en los Autos de 4 y 5 de noviembre de 1998, cuando se abre un debate doctrinal y jurisprudencial en torno a la delimitación concreta del principio, sobre todo en el sentido de si se exige o no para afirmar la competencia universal la presencia del sujeto en el territorio que pretende ejercer su competencia universal⁴²⁰, o de algún otro punto de conexión con los intereses nacionales del estado que pretende juzgar o condenar al sujeto en cuestión.

La Audiencia Nacional además calificó los hechos como crímenes contra la humanidad, no expresamente previsto en el artículo 23.4 de la LOPJ ni por ningún tratado internacional ratificado por España y en el caso de Pinochet también como delito de torturas⁴²¹.

Esa calificación inicial no implicó una violación del principio de legalidad como algunos autores sostuvieron, ya que como acertadamente pone de manifiesto GIL GIL «los crímenes contra la humanidad ya existían en la costumbre internacional en el momento de comisión de los hechos».

Lo criticable, como denuncia GIL GIL, es que si la AN estaba reconociendo la existencia de crímenes contra la humanidad en la costumbre internacional en el momento de comisión de

⁴¹⁹ Como muestra del generalizado escepticismo véanse, por ejemplo, entre la doctrina internacionalista española, las observaciones de TOMAS ORTIZ DE LA TORRE, J.A. «Competencia judicial penal internacional de los tribunales españoles para conocer de ciertos delitos cometidos contra españoles en Iberoamérica», Anuario IHLADI, vol. 13 (1997), págs. 7 y ss.; GONZALEZ VEGA, J.A. «La Audiencia Nacional contra la impunidad: los "desaparecidos" españoles y los juicios a los militares argentinos y chilenos», REDI, vol. 49 (1997), págs. 285 y ss., en ágs. 289; ABAD CASTELOS, M. «La actuación de la Audiencia Nacional española respecto de los crímenes contra la humanidad cometidos en Argentina y en Chile: un paso adelante desandando la impunidad», Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña (1998), págs. 58-59; o J. FERRER LLORET, J. «Impunity in Cases of Serious Human Rights Violations: Argentina and Chile», SPYBIL, vol. 3 (1993-1994), págs. 3 y ss., en págs. 20-29.

⁴²⁰ En sentido afirmativo, esto es, requiriendo la presencia del sujeto en el territorio que lo pretende juzgar en virtud del principio de justicia universal, incluso según lo previsto en la LOPJ, se han pronunciado PALOMO DEL ARCO, A.: «La aplicación extraterritorial de la ley penal española», en Cuadernos de Derecho Judicial, núm. IX, 1999, págs. 139-140, 147; BUENO ARUS, F. / MIGUEL ZARAGOZA, J. De. «Manual de Derecho Penal Internacional», Madrid, 2003, págs. 150-152.

⁴²¹ GIL GIL, A. «La sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo», Revista electrónica de ciencia penal y criminología, 31 de mayo de 2005 Cit. 62.

los hechos, es decir, antes de su incorporación a nuestro CP, también debería reconocer que la misma imponía un concepto estricto ya antes de la introducción del art. 607 bis, pues el delito de genocidio no ha variado desde su tipificación en el Convenio de 1948 hasta nuestros días ⁴²².

La autora sostuvo, que, pese a ello, los Tribunales Españoles no eran competentes para el conocimiento del delito de lesa humanidad que se imputaba al militar y cuestionó la competencia por el delito de torturas. ⁴²³ Las decisiones de la AN de 4 y 5 de noviembre animaron a la presentación de otras denuncias y querellas por presuntos delitos de genocidio, terrorismo y torturas cometidos en otros países, principalmente del ámbito latinoamericano. La AN en un auto de 4 de marzo de 1999 rechazó la pretensión de enjuiciar a Fidel Castro con el argumento de que al tratarse de un Jefe de estado en activo gozaba de inmunidad según el Derecho internacional consuetudinario ⁴²⁴. Esta interpretación parece haber sido confirmada por la posterior del Tribunal Internacional de Justicia en el caso Yerodia. ⁴²⁵

La Sala Segunda del Tribunal Supremo tuvo ocasión de manifestarse sobre la competencia de la jurisdicción española para conocer de hechos presuntamente delictivos cometidos fuera del territorio nacional en tres ocasiones: STS 327/2003, de 25 de febrero, sobre el «caso Guatemala», STS 712/2003, de 20 de mayo, sobre «el caso Perú», y la STS 319/2004, de 8 de marzo, «caso Chile». Examinaremos a continuación las cuestiones suscitadas en materia de competencia y las resoluciones dictadas por el Alto Tribunal para entender el planteamiento expuesto y el cambio de rumbo que supuso el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en esta materia.

2.2.2. PROBLEMAS INTERPRETATIVOS

A) Casos Argentina y Chile

Los primeros procesos abiertos en nuestro país por crímenes internacionales han sido los procesos judiciales por genocidio, terrorismo y torturas iniciados en los Juzgados Cen-

⁴²² GIL GIL, A. «La sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo», Revista electrónica de ciencia penal y criminología, 31 de mayo de 2005. Págs. 7 a 16.

⁴²³ GIL GIL, A. «Derecho penal internacional» 1999, págs. 183 y ss. Posteriormente la AN cambió la calificación de los hechos en la sentencia contra Scilingo como veremos más adelante. Sobre los argumentos para ello puede verse su comentario a dicha sentencia publicado en Jueces para la Democracia, julio, 2005.

⁴²⁴ En dicho auto la Audiencia afirma: «La jurisdicción penal española no puede atribuirse el conocimiento de los hechos, supuestamente delictivos, (sean o no genocidio, terrorismo y torturas los delitos a que la querella se refiere) en cuanto a que uno de los querellados es el Excmo. Sr. D. Fidel Castro Ruz que representa, frente a España la soberanía del pueblo cubano (...).

⁴²⁵ CIJ, Affaire du mandat d'arrêt du 11 avril 2000, 14 février 2002/04, <<http://www.icj-cij.org>>. Sobre lo criticable de esta doctrina véase Henzelin, L'immunité pénale des ministres selon la Cour internationale de justice, Revue Pénale Suisse 2002, págs. 251 y ss.

trales de Instrucción nº 5 (sumario 19/97), y nº 6 de la Audiencia Nacional (en adelante AN) en los casos abiertos a raíz de los hechos cometidos durante las dictaduras argentina y chilena.⁴²⁶

El primer caso data del 28 de marzo de 1996, cuando el fiscal Carlos Castresana, interpuso una denuncia ante el Juzgado Central de Instrucción número 5 instando la persecución de los delitos cometidos durante la dictadura argentina por militares, que se tipificaban como constitutivos de genocidio, terrorismo y torturas.⁴²⁷

La Fiscalía General del estado, entonces a cargo de Carlos Granados, mantuvo una posición contraria a la competencia de la jurisdicción española para la persecución de los referidos delitos. El argumento de la cosa juzgada res iudicata como impedimento para ejercer la competencia española fue alegado por la Fiscalía de la Audiencia Nacional en los inicios del procedimiento y prontamente rebatido por el Pleno de la Audiencia Nacional.

El escrito de la Fiscalía presentando cuestión de jurisdicción aludía a ello, aunque sin desarrollarlo por considerar suficientes los argumentos relativos a la calificación de los hechos y a la irretroactividad de la LOPJ, pero el argumento se mantenía más ampliamente en el informe del Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional, Sr. Fungairiño.

En él se alude a la legislación de punto final argentina como «equivalente a una amnistía o indulto»⁴²⁸ y a la «legislación de inmunidad» dictada por los militares chilenos, concluyendo que revisar por parte de un juez español la legislación adoptada por parlamentos extranjeros «supone una fase de judicialización internacional del control de las violaciones de los derechos humanos para la que la comunidad internacional no ha puesto todavía las bases jurídicas...»

⁴²⁶ Ver también, COMAS DE ARGUEMIR, «La aplicación judicial del principio de justicia universal en España, el principio de justicia universal» 2001, pág. 174; GARCIA SANCHEZ, B. «La Competencia española para enjuiciar a Pinochet», en Diario de las Audiencias, número 194, viernes 7 de abril de 2000, pág. 1-7.

⁴²⁷ El denominado caso Argentina se inició contra los responsables de los delitos cometidos durante la última dictadura militar en la República Argentina entre 1976 y 1983. En el sumario principal se procesaron a más 100 personas, principalmente militares. En el seno de este procedimiento surgieron los dos casos más Relevantes: Scilingo y Cavallo, que se desgajaron del mismo para su enjuiciamiento individualizado, aunque Cavallo finalmente no llegó a ser juzgado en España. Para una mayor información v. OLLE SESE, M. «Justicia universal para crímenes internacionales», La Ley, Madrid, 2008, págs. 64 a 71; LAMARCA PEREZ, C. «El principio de justicia universal y la competencia de la jurisdicción española en los casos de Argentina y Chile», en ARROYO ZARATERO, L.A. / BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I. (Directores), Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, In Memoriam, vol. 1, Cuenca, 2001, págs. 1099-1108, ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha y Ediciones Universidad de Salamanca.

⁴²⁸ La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en Auto de 5 de noviembre de 1998, en el Caso Pinochet, respecto del Decreto Ley chileno de amnistía de 1978, al considerarlo contrario al ius cogens y, por tanto, no puede impedir un enjuiciamiento de Augusto Pinochet por parte de las autoridades judiciales españolas.

Días después de la denuncia por lo sucedido en Argentina, se interponía otra en el mismo sentido por los sucesos acaecidos durante la dictadura chilena que recayó en el juzgado núm. 6, entonces a cargo del juez Manuel García Castellón. En este proceso, la Fiscalía siguió la misma línea de oposición. Los días 4 y 5 de noviembre de 1998,⁴²⁹ la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, reunida en Pleno, ratifica por unanimidad la competencia de la Jurisdicción española para entender de los crímenes perpetrados por las dictaduras argentina y chilena, aceptando, indiciariamente, la calificación de los mismos como constitutivos de delitos de genocidio, terrorismo y torturas⁴³⁰ al amparo del art. 6 de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio al entender que la citada norma no excluía la existencia de jurisdicciones distintas de las del territorio en el que se cometió el delito o de un tribunal internacional.

La Audiencia estimó que la interpretación del delito de genocidio se debía hacer de manera que la expresión «grupo nacional» no significase «grupo formado por personas que pertenecen a una misma nación», sino, simplemente, «grupo humano nacional, grupo humano diferenciado, caracterizado por algo, integrado en una colectividad mayor». Tras expedir ordenes de detención internacional contra el general Augusto Pinochet y solicitar la extradición, el Ministro del Interior británico decidió finalmente, el 2 de marzo de 2000, denegar la extradición a España por encontrarse «gravemente enfermo». Pero el proceso siguió su curso respecto de otros acusados. El Juzgado Central de Instrucción nº 5 también dictó auto de fecha 9 de mayo de 2001 por el que admitía a trámite la querella contra el ciudadano chileno Hernán Julio Brady Roche y acordó librar órdenes de busca y captura.⁴³¹

Por otro lado, México procedió al cumplimiento de las órdenes internacionales de detención y el 24 de agosto de 2000 en Cancún, detuvo al oficial argentino Ricardo Miguel Cavallo para extraditarlo a España. También fue detenido, el acusado Adolfo Scilingo, que se había presentado voluntariamente a declarar ante el juez Garzón.

La decisión de la Audiencia Nacional de declararse competente para el enjuiciamiento del llamado «caso Chile» fue objeto de recurso ante el Tribunal Supremo, que dictó, la STS

⁴²⁹ Autos del Pleno de la AN de 4 y 5 de noviembre de 1998, FJ 2.

⁴³⁰ GALAN MARTIN, J.L. «El Caso Scilingo: breve crónica judicial», Revista La Ley Penal: revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario, n.º 25, año III, Marzo, 2006. Pág. 7.

⁴³¹ En este caso la Audiencia Nacional negó la competencia de los Tribunales españoles para conocer del asunto y dicha resolución fue recurrida ante el TS que resolvió en su sentencia nº 319/2004, de 8 de marzo de 2004 que «los Tribunales españoles tienen jurisdicción para conocer de los hechos objeto de la querella criminal interpuesta contra el general chileno Hernán Julio Brady Roche, de acuerdo, lógicamente, con la doctrina sentada por el Pleno de este Tribunal en la sentencia del "Caso Guatemala", a cuyo efecto debemos poner de manifiesto que, entre los hechos en los que –según la parte querellante– aparece implicado el citado general se encuentran los realizados contra dos sacerdotes españoles y la muerte del Diplomático español Don Carmelo Soria».

319/2004, de 8 de marzo ⁴³². Esta resolución (con referencia constante a la STS 327/2003 de 25 de marzo), resume la doctrina del TS sobre la materia de la siguiente forma en su fundamento jurídico tercero:

«Hace falta un punto de conexión que legitime la extensión extraterritorial de la jurisdicción. En el art. VIII del Convenio contra el genocidio se establece que cada parte contratante puede recurrir a los órganos competentes de las Naciones Unidas a fin de que estos tomen, conforme a la Carta, las medidas que juzguen apropiadas para la prevención y represión de actos de genocidio, como ha ocurrido con la creación de los Tribunales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda. En el «asunto Chile», el principio de no intervención en asuntos de otros estados (art. 27 de la Carta) admite limitaciones en lo referente a hechos que afectan a los Derechos Humanos, pero estas limitaciones sólo son inobjetables cuando la posibilidad de intervención sea aceptada mediante acuerdos entre estados o sea decidida por la Comunidad Internacional; y, a este respecto, resulta significativo que el Estatuto de Roma, de 17 de julio de 1998, no permite a la Corte Penal Internacional declarar su competencia más que en aquellos casos en que, bien el estado del lugar de comisión o bien el de la nacionalidad del autor, sean parte del tratado y hayan reconocido así la competencia de la Corte.

En los tratados internacionales relativos a estas materias se recogen criterios de atribución jurisdiccional basados generalmente en el territorio o en la personalidad activa o pasiva⁴³³ y a ellos se añade el compromiso de cada estado para perseguir los hechos, sea cual sea el lugar de comisión, cuando el presunto autor se encuentre en su territorio y no conceda su extradición, previendo así una reacción ordenada contra la impunidad, y suprimiendo la posibilidad de que existan estados que sean utilizados como refugio.

Pero no se ha establecido expresamente en ninguno de los tratados que cada estado parte pueda perseguir, sin limitación alguna y acogiéndose solamente a su legislación interna, los hechos ocurridos en territorio de otro estado. En esta misma línea, y según establecía el art. 23.4 g) LOPJ, la jurisdicción española será competente para conocer de hechos cometidos fuera del territorio nacional, tipificados penalmente, cuando según los Tratados Internacionales deban ser perseguidos en España.

No obstante, el Tribunal Supremo reconoce que una parte de la doctrina y algunos Tribunales nacionales se han inclinado por reconocer la relevancia que a estos efectos pudiera tener la existencia de una conexión con un interés nacional como elemento legitimador, en el marco del principio de justicia universal, modulando su extensión con arreglo a criterios de racionalidad y con respeto al principio de no intervención.»

La Sala Segunda del Tribunal Supremo, afirma que *«el criterio de la subsidiariedad (...) no resulta satisfactorio en la forma en que ha sido aplicado por el Tribunal de instancia»*,

⁴³² Dicha Sentencia resuelve un recurso de casación presentado, entre otros, por Rigoberta Menchú Tum contra los distintos cargos del Gobierno de Guatemala por delitos de genocidio, terrorismo y torturas presuntamente cometidos entre 1978 y 1990.

⁴³³ Sobre este principio el de personalidad activa o pasiva, consultar BOLLO AROCENA, M^a Dolores» Derecho Internacional Penal: Estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión, «Universidad del País Vasco, Bilbao, 2004., y CARRILLO SALCEDO.J.A «Soberanía del estado y derecho internacional» Publicado por la Universidad de Sevilla (2005).

porque basarse en la inactividad real o aparente de la jurisdicción del lugar, «implica un juicio de los órganos jurisdiccionales de un estado acerca de la capacidad de administrar justicia que tienen los correspondientes órganos del mismo carácter de otro estado soberano», declaración que «no corresponde a los Tribunales del estado», ya que el art. 97 CE atribuye al Gobierno la dirección de la política exterior.

Para la Sala Segunda, *«una previsión tan general como la contenida en este precepto-Art. 23.4 LOPJ- suscita ciertos interrogantes» puesto que «no puede ser interpretado de modo que conduzca en la práctica a la apertura de diligencias penales ante la noticia de la comisión de hechos susceptibles de ser calificados como alguno de los delitos a los que se refiere, cualquiera que fuera el lugar de su comisión y la nacionalidad de su autor y víctima». Y continuaba el TS, «no existe objeción a la Jurisdicción universal cuando proviene de un fuente reconocida del Derecho Internacional, especialmente un Tratado aceptado por los estados parte, pero si sólo se reconoce en el Derecho interno, su alcance está limitado por «otros principios» cuando no existe «un punto de conexión directo con intereses nacionales», puesto que «tiene un importante apoyo en la doctrina la idea de que no le corresponde a ningún estado en particular ocuparse unilateralmente de estabilizar el orden, recurriendo al Derecho Penal, contra todos y en todo el mundo».*

Unos meses después también llegó al TS la cuestión de la jurisdicción de los tribunales españoles sobre el caso Scilingo. En su sentencia 1362/2004 de 15 de noviembre el TS confirma la competencia de la Audiencia Nacional para conocer de los delitos de genocidio, terrorismo y torturas imputados a Scilingo.⁴³⁴ Estableciendo las líneas básicas de su doctrina:

- 1.^a *Que «hoy tiene un importante apoyo en la doctrina la idea de que no le corresponde a ningún estado en particular ocuparse unilateralmente de estabilizar el orden, recurriendo al Derecho Penal, contra todos y en todo el mundo, sino que más bien hace falta un punto de conexión que legitime la extensión extra-territorial de su jurisdicción» (FJ 9º).*
- 2.^a *Que, en el artículo VIII del Convenio contra el genocidio, se establece que cada parte contratante puede «recurrir a los órganos competentes de las Naciones Unidas a fin de que éstos tomen, conforme a la Carta de las Naciones Unidas, las medidas que juzguen apropiadas para la prevención y represión de actos de genocidio», como ha ocurrido con la creación de los Tribunales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda (FJ 9º).*
- 3.^a *Que «el principio de no intervención en asuntos de otros estados (artículo 27 de la Carta de las Naciones Unidas) admite limitaciones en lo referente a hechos que afectan a los derechos humanos, pero estas limitaciones sólo son inobjetables cuando la posibilidad de intervención sea aceptada mediante acuer-*

⁴³⁴ GIL GIL, A, «La sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo», Revista electrónica de ciencia penal y criminología, 31 de mayo de 2005. Págs. 7 a 15.

dos entre estados o sea decidida por la Comunidad Internacional»; y, a este respecto, se cita expresamente lo dispuesto en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (FJ 9º).

- 4.^a Que, en los Tratados Internacionales relativos a estas materias, *«se plasman criterios de atribución jurisdiccional basados generalmente en el territorio o en la personalidad activa o pasiva, y a ellos se añade el compromiso de cada estado para perseguir los hechos, sea cual sea el lugar de comisión, cuando el presunto autor se encuentre en su territorio y no conceda la extradición, previendo así una reacción ordenada contra la impunidad, y suprimiendo la posibilidad de que existan estados que sean utilizados como refugio.*

Pero no se ha establecido expresamente en ninguno de esos tratados que cada estado parte pueda perseguir, sin limitación alguna y acogiéndose solamente a su legislación interna, los hechos ocurridos en territorio de otro estado» (FJ 9º).

La sentencia continúa *«hoy tiene un importante apoyo en la doctrina la idea de que no le corresponde a ningún estado en particular ocuparse unilateralmente de estabilizar el orden, recurriendo al Derecho Penal, contra todos y en todo el mundo, sino que más bien hace falta un punto de conexión que legitime la extensión extraterritorial de su jurisdicción».*

B) Caso Guatemala

El 2 de diciembre de 1999 doña Rigoberta Menchú Tum presentó denuncia ante el Juzgado Central de Instrucción de guardia por delitos de genocidio, tortura, terrorismo, asesinato y detención ilegal, imputados conjunta e indistintamente a los Generales. Efraín Ríos Montt y Oscar Humberto Mejías Víctores, que ocuparon sucesivamente la Jefatura del gobierno golpista guatemalteco, al ex presidente Fernando Romeo Lucas García y a otros cinco acusados que ostentaron altos cargos en el gobierno, la policía y el ejército.⁴³⁵

El Ministerio Fiscal solicitó que se archivasen las actuaciones argumentando que España no era competente para conocer de los hechos, entre otras razones porque los mismos

⁴³⁵ En el año 2000, Rigoberta Menchú, Premio Nobel de la Paz, presentó ante la Audiencia Nacional, una denuncia por los delitos de genocidio, terrorismo y torturas por los crímenes acaecidos durante la dictadura militar guatemalteca, en la que se produjeron más de doscientas mil víctimas, en su mayoría causadas por el ejército o grupos militares que lo apoyaban, y de las cuales más del 85% eran indígenas mayas. El paralelismo con el caso argentino y el chileno, presentados ante la Audiencia Nacional en noviembre de 1998, era evidente.

no eran constitutivos de genocidio, ya que «de la denuncia interpuesta no se desprende el elemento subjetivo del injusto de destruir a un grupo nacional, étnico o religioso». El juez Guillermo Ruiz Polanco, en auto de 27 de marzo de 2000, desestimó la solicitud del Fiscal, y afirmó la competencia de su Juzgado para conocer de los hechos bajo la calificación de genocidio y destacó que «los hechos pretendidamente ejecutados por los denunciados se encaminaron al exterminio del pueblo maya en su realidad étnica, racial y social, en su pretextada calidad de favorecedor o encubridor –y aún de originador– de la insurgencia o revolución en Guatemala, así como a la eliminación de todo obstáculo ideológico –encarnado en sujetos individuales o colectivos– que pudiese representar un riesgo de fracaso de la prevalente finalidad genocida».⁴³⁶ El auto fue recurrido en apelación ante la Sala, que el 13 de diciembre de 2000, rechazó la competencia de los tribunales españoles argumentando que «(...) en el plano legislativo ningún impedimento existe para que la justicia guatemalteca persiga el delito (...)» y que «(...) no se constata ... que los jueces guatemaltecos de hoy se nieguen a actuar (...)» y por ello «el Pleno de la Sala no conceptúa acreditada la necesidad actual de que la jurisdicción española acuda al criterio subsidiario de persecución universal del delito de genocidio, en detrimento del criterio de territorialidad prevalente que proclama el artículo 6 del Convenio sobre Prevención y Sanción del delito de Genocidio, y en consecuencia se estima el recurso de apelación del Ministerio Fiscal».

También fue recurrido en casación que dio lugar a la STS 327/2003, conocida como «Caso Guatemala» afirmando el carácter subsidiario del principio de justicia universal (en el sentido de que la intervención española en materia de persecución del genocidio sólo estaría justificada en defecto de jurisdicciones inicialmente competentes) y determinando que la inactividad de la jurisdicción territorial no sería un criterio que determinase la puesta en funcionamiento del principio de justicia universal. Esta resolución estableció la doctrina de conexidad con un interés nacional como elemento legitimador para que los tribunales pudieran ejercer la jurisdicción universal, entendiendo que un punto de conexión podía ser el de la nacionalidad de las víctimas. Así los tribunales españoles sólo pueden ejercer su jurisdicción sobre los crímenes internacionales cometidos en el extranjero cuando las víctimas del delito de genocidio son españolas.

Sin embargo una discrepante opinión mayoritaria de algunos magistrados del Tribunal Supremo entendió que podía hablarse de un nexo distinto de la nacionalidad de las víctimas o la presencia de los presuntos responsables es decir, podía considerarse como punto de conexión la existencia de una «comunidad cultural», entendiendo este último como «los vínculos

⁴³⁶ No acepta la competencia directa sobre las torturas, sino como integrantes del delito de genocidio, y también a esta calificación reconduce los hechos supuestamente constitutivos de terrorismo (fundamento jurídico segundo).

culturales, históricos, sociales, lingüísticos, jurídicos, y de toda índole que unen a Guatemala y a su población indígena con España, que no permiten utilizar la absoluta ajenidad del asunto» (fundamento jurídico decimosegundo). Por otro lado, se afirmó que la subsidiariedad no estaba prevista en el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial como criterio limitador del ejercicio de la jurisdicción universal, señalando que en estos casos lo que funcionaría es el principio de concurrencia de las jurisdicciones y el principio de necesidad de la intervención. Se abrían así otras posibilidades de conexión como la residencia de las víctimas o de los presuntos responsables, admitida esta última, por ejemplo, en la práctica germana.

C) Las sentencias del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005 y la 227/2007

C.1. Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005

Esta sentencia anuló la STS de 25 de febrero de 2003 por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva. En esta sentencia el TC rechaza la interpretación restrictiva que el TS hizo del principio de jurisdicción universal. Un cambio de orientación se llevó a cabo con esta sentencia⁴³⁷ por considerar que la interpretación que la Audiencia Nacional había realizado, y el alto tribunal mantenido sobre el art. 23.4 de la LOPJ, era demasiado restrictiva e iba en contra de los derechos amparados por la CE y recogidos por su art. 24.

El TC analiza los criterios utilizados por ambas decisiones judiciales desde el prisma del derecho a la obtención de una resolución fundada en derecho y del derecho de acceso a la jurisdicción, ambas manifestaciones del derecho a la tutela judicial efectiva. El Tribunal Constitucional español rechazó en su sentencia el criterio de la subsidiariedad por ser excesivamente gravoso para las víctimas⁴³⁸. La razón principal era que el artículo 23.4 de la LOPJ no contenía esta limitación para el ejercicio de la jurisdicción universal, no existía una jerarquía implícita o explícita de las jurisdicciones potenciales. Por lo tanto, según el Tribu-

⁴³⁷ STC 237/2005 que revoca Sentencia del Tribunal Supremo núm. 327/2003, de 25 de febrero, dictada en el recurso de casación núm. 803-2001, que estima parcialmente el recurso de casación interpuesto contra el Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 13 de diciembre de 2000, rollo de apelación núm. 115-2000.

⁴³⁸ STC 237/2005(FJ5) «Los tratados internacionales suscritos por España para la persecución de delitos "que protegen bienes jurídicos cuya protección interesa en general a la Comunidad Internacional" establecen criterios de atribución jurisdiccional por razón del territorio o de la personalidad activa o pasiva, y a ello añaden el compromiso para cada estado de perseguir estos hechos, sea cual sea el lugar de comisión, cuando el autor se encuentre en su territorio y no conceda su extradición (*dedere aut punire*), "pero no se ha establecido expresamente en ninguno de esos tratados que cada estado parte pueda perseguir, sin limitación alguna y acogién dose solamente a su legislación interna, los hechos ocurridos en territorio de otro estado, ni aun en los casos en que éste no procediera a su persecución».

nal Constitucional, la legislación española establecía el criterio de la concurrencia de competencias. Entendió que la exigencia de prueba de hechos negativos, esto es, de la inactividad judicial del estado donde tuvieron lugar los hechos, enfrenta al actor a la necesidad de acometer una tarea de imposible cumplimiento, a efectuar una probatio diabólica, bloquearía la jurisdicción internacional de un tercer estado y abocaría a la impunidad.

En relación con el principio de subsidiariedad, consideraron que el mismo no aparecía recogido en nuestro ordenamiento, ni tampoco en el Convenio sobre genocidio que, efectivamente, no prohíbe la jurisdicción universal respecto de este delito.

La resolución señala en su fundamento jurídico segundo *«la jurisdicción universal no se rige por el principio de subsidiariedad, sino por el de concurrencia pues precisamente su finalidad es evitar la impunidad»*,⁴³⁹ y añade, *«la falta de autorización que el Tribunal Supremo halla en el Convenio sobre Genocidio para la activación de la Jurisdicción internacional de modo unilateral por un estado no se aviene con el principio de persecución universal y de evitación de la impunidad de tal crimen de Derecho internacional, que, como ha sido afirmado, preside el espíritu del Convenio y que forma parte del Derecho consuetudinario internacional (e incluso del ius cogens, según ha venido manifestando la mejor doctrina), sino que, antes bien, entra en franca colisión con él»*.⁴⁴⁰

⁴³⁹ STC 237/2005, FJ 2. «Como hemos afirmado en diversas ocasiones el acceso a la jurisdicción constituye un derecho prestacional de configuración legal, estando su ejercicio y su dispensación supeditados a la concurrencia de los presupuestos y requisitos que el legislador haya establecido, por lo que no vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva una decisión de inadmisión o meramente procesal que apreciara razonadamente la concurrencia de un óbice fundado en un precepto expreso de la Ley que, a su vez, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental (SSTC 172/2002, de 30 de septiembre, FJ 3; 79/2005, de 4 de abril, FJ 2). Asimismo hemos puesto de manifiesto que el principio pro actione no puede entenderse como la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión o a la resolución del problema de fondo de entre todas las posibles de las normas que la regulan, ya que esta exigencia llevaría al Tribunal Constitucional a entrar en cuestiones de legalidad procesal que corresponde resolver a los Tribunales ordinarios (STC 133/2005, de 23 de mayo, FJ 2). Por el contrario, el deber que este principio impone consiste únicamente en obligar a los órganos judiciales a interpretar los requisitos procesales de forma proporcionada, "impidiendo que determinadas interpretaciones y aplicaciones de los mismos eliminen u obstaculicen desproporcionadamente el derecho a que un órgano judicial conozca y resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida" (por todas, STC 122/1999, de 28 de junio, FJ 2).

⁴⁴⁰ STC 237/2005(FJ5). «Tal como ha sido expuesto con detalle en los antecedentes, el Tribunal Supremo fundamenta la denegación de la competencia jurisdiccional española en distintos argumentos que los de la Audiencia Nacional, atinentes en particular a los límites de aplicación intrínsecos a la regla de jurisdicción universal plasmada en el art. 23.4 LOPJ. En primer lugar, la Sentencia combatida hace depender la aplicabilidad del citado precepto de que un convenio internacional del que España sea parte avale tal extensión de la competencia jurisdiccional. Por lo que respecta al delito de genocidio (en el que prácticamente centra su argumentación), a pesar de manifestar en un primer momento que el Convenio, frente al criterio de los demandantes, si bien "no establece expresamente la jurisdicción universal, tampoco la prohíbe", lo cierto es que termina por afirmar lo contrario, considerando que su artículo VIII "no autoriza a cada estado a instituir su jurisdicción bajo aquel principio de jurisdicción universal, sino que contempla otra forma distinta de reaccionar frente a la comisión de este delito fuera de su territorio, estableciendo expresamente el recurso a los órganos competentes de la ONU con la finalidad de que adopten las medidas pertinentes en cada caso» (fundamento jurídico séptimo).

De este modo la conclusión a la que llega el Tribunal Supremo sería que, sólo cuando viniera expresamente autorizado en el Derecho convencional el recurso a la jurisdicción universal unilateral, resultaría ésta legítima y aplicable en virtud tanto del art. 96 CE como del art. 27 del Convenio sobre el Derecho de los tratados, según el cual lo acordado en los tratados internacionales no puede ser incumplido por la legislación interna de cada estado.

Resulta una interpretación en extremo rigorista, así como, además, carente de sostén argumental, concluir que de la mención de sólo algunos de los posibles mecanismos de persecución del genocidio, y del consiguiente silencio del Convenio en relación con la jurisdicción internacional extraterritorial, tenga que inferirse una prohibición dirigida a los estados parte del Convenio de que en sus legislaciones introduzcan, otras herramientas de persecución del delito.

Es más, la regulación del delito de genocidio es, conforme al Art. 53 del Convenio de Viena (sobre el Derecho de los Tratados) «una norma imperativa de Derecho internacional general» y, en consecuencia, es «una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho internacional general que tenga el mismo carácter».

Añadiendo: «Tal interpretación, radicalmente restrictiva del principio de jurisdicción universal plasmado en el art. 23.4 LOPJ, que más bien habría de ser calificada como reducción teleológica (por cuanto va más allá del sentido gramatical del precepto), desborda los cauces de lo constitucionalmente admisible desde el marco que establece el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE, en la medida en que supone una reducción contra legem a partir de criterios correctores que ni siquiera implícitamente pueden considerarse presentes en la ley y que, además, se muestran palmariamente contrarios a la finalidad que inspira la institución, que resulta alterada hasta hacer irreconocible el principio de jurisdicción universal según es concebido en el Derecho internacional, y que tiene el efecto de reducir el ámbito de aplicación del precepto hasta casi suponer una derogación de facto del art. 23.4 LOPJ».

«La persecución internacional y transfronteriza que pretende imponer el principio de justicia universal se basa exclusivamente en las particulares características de los delitos sometidos a ella, cuya lesividad (paradigmáticamente en el caso del genocidio) trasciende la de las concretas víctimas y alcanza a la Comunidad Internacional en su conjunto.

Consecuentemente su persecución y sanción constituyen, no sólo un compromiso, sino también un interés compartido de todos los estados (según tuvimos ocasión de afirmar en la STC 87/2000, de 27 de marzo, cuya legitimidad, en consecuencia, no depende de ulteriores intereses particulares de cada uno de ellos»

Concluye: «que la LOPJ instaura un principio de jurisdicción universal absoluto, es decir, sin sometimiento a criterios restrictivos de corrección o procedibilidad, y sin ordenación jerárquica alguna con respecto al resto de las reglas de atribución competencial, puesto que, a diferencia del resto de criterios, el de justicia universal se configura a partir de la particular naturaleza de los delitos objeto de persecución».

Como señala REMIRO BRONTONS ⁴⁴¹ «las consecuencias no se hicieron esperar». La Audiencia Nacional, no sólo debió de revisar su anterior doctrina (3 de noviembre de 2005) sino que, acto seguido, ha admitido a trámite las denuncias por genocidio, terrorismo y torturas cometidos en Guatemala entre 1978 y 1986 y en ejecución de la citada STC 237/2005 dictó en consecuencia una nueva resolución en el caso Guatemala admitiendo su competencia por Auto 178/2006 de 16 de febrero. En efecto, la Audiencia en un Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 3 de noviembre de 2005, celebrado conforme al art. 264 LOPJ con el fin de unificar criterios, decide que en adelante y en cumplimiento de la citada sentencia del TC: examinará de oficio su propia jurisdicción, examinará de oficio la inactividad de los tribunales del territorio y de los tribunales internacionales y aceptará la jurisdicción «salvo que se aprecie exceso o abuso de derecho por la absoluta ajeneidad del asunto por tratarse de delitos y lugares totalmente extraños y/o alejados y no acreditar el denunciante o querellante interés directo o relación con ellos»⁴⁴².

Desde que el Tribunal Constitucional, en su sentencia 237/2005 de 26 de septiembre de 2005 instaure un principio de jurisdicción universal absoluta, concurrente y no subordinada a ninguna otra jurisdicción, los casos admitidos proliferaron.

C.2. La sentencia del Tribunal Constitucional 227/2007. (Caso Tibet)

Dos asuntos bajo tramitación en la Audiencia Nacional sobre la base del principio de jurisdicción universal apuntaban directamente a lo más alto de la cúpula de poder del régimen de la República Popular China. El primero de ellos (asunto Tibet) tiene su origen en sendas querellas presentadas en 2005 y 2008 por dos asociaciones –Comité de Apoyo al Tibet y Fundación Casa del Tibet- y un ciudadano español de origen tibetano contra siete altas autoridades militares y políticas chinas en las que se les acusaba de la comisión de delitos de genocidio, torturas, terrorismo y crímenes de lesa humanidad presuntamente cometidos en el marco de la represión tibetana a finales de los ochenta y principios de los noventa la primera querella, y durante las protestas que tuvieron lugar en el Tibet meses antes del inicio de los juegos olímpicos de Pekín la segunda.

Con la oposición a la admisión del Ministerio Fiscal, el asunto fue inicialmente inadmitido a trámite en aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el caso Guate-

⁴⁴¹ REMIRO BROTONS, A. «Crímenes internacionales, jueces estatales», Política Exterior N° 134 - marzo-abril 2010.

⁴⁴² Fundamento séptimo: «Solamente a los efectos de esta resolución se admite con carácter provisionalísimo, sin que ello implique prejuicio alguno respecto al fondo, que los hechos denunciados pueden ser constitutivos de un delito de genocidio en cuanto afectan al pueblo maya como grupo étnico».

mala⁴⁴³ al no apreciarse en el asunto la existencia de una conexión con un interés nacional español en relación directa con los delitos denunciados.

Por Auto de 10 de enero de 2006, se revoca la inadmisión a trámite y se establece que los hechos que se describen en la querella revisten prima facie los caracteres del genocidio, siendo inoperante la posibilidad de acudir a la CPI, tanto por la fecha de entrada en vigor de su Estatuto como por no ser China –ni, por supuesto, Tíbet- parte del mismo. Asimismo, sostiene que el pueblo tibetano no tiene posibilidades de exigir responsabilidades penales ante los tribunales chinos, dadas las circunstancias del caso, el tiempo transcurrido desde que ocurrieron los hechos y las gestiones frustradas de los representantes tibetanos.

La Audiencia Nacional, afirmó así su jurisdicción ⁴⁴⁴para conocer del delito de genocidio contra la población tibetana imputando a ex-autoridades chinas(el ex-Presidente de la República Popular China, Jiang Zemin, el antiguo Primer Ministro, Li Peng, ampliándose posteriormente contra otros jerarcas chinos como Hu Jintao ex presidente ⁴⁴⁵) por presunto genocidio en Tíbet, tras revocarse la previa decisión de inadmisión (auto de 5 de septiembre de 2005) del Juzgado Central de Instrucción nº 2 y ⁴⁴⁶ así la Audiencia Nacional acordó el libramiento de órdenes de busca y captura contra cinco de los querellados.⁴⁴⁷

La decisión de la AN establece un orden de criterios para entrar a analizar la competencia de la jurisdicción española:

- Primero, evaluar si en los hechos concurren los requisitos que nuestro Ordenamiento Jurídico exige, especialmente, si se trata de supuestos encuadrables dentro de los delitos tipificados en el art. 23.4 LOPJ.
- Segundo, examinar si existen otras jurisdicciones prioritarias a la española que quieran enjuiciar los mismos hechos, y así evitar un *bis in idem*.

⁴⁴³ Juzgado Central de Instrucción nº 2, Auto de 5.IX.2005, Diligencias previas 237/2005. Está disponible, junto a las restantes resoluciones sobre este asunto aquí citadas, en el sitio web de Rights International Spain en la siguiente dirección: http://ris.hrahead.org/casos_/otros-casos-de-interes/jurisdiccion-universal/casogenocidiotibet.

⁴⁴⁴ AN, Sala de lo Penal (Sección cuarta), Auto de 10.I.2006, N.º de recurso 196/05.

⁴⁴⁵ La ampliación de la querella fue el resultado de la estimación del recurso de apelación presentado contra la decisión del instructor (JCI n.º 2, Auto de 11.VII.2013, Procedimiento de sumario ordinario 2/08) que, acogiendo la posición defendida por el Ministerio Fiscal, consideraba que no estaba acreditada la implicación del Sr. Jintao en los hechos denunciados. AN, Sala de lo Penal (Sección cuarta), Auto de 9.X.2013, N.º de Recurso 176/2013.

⁴⁴⁶ El Auto puede verse en la página web de la Universidad de Barcelona: www.ub.edu/dpenal, jurisprudencia, Audiencia Nacional, Salas.

⁴⁴⁷ AN, Sala de lo Penal (Sección cuarta), Auto de 18.XI.2013, n.º de recurso 161/2013.

- Tercero, denegar su jurisdicción en aquellos casos donde estime que existe un exceso de Derecho en la querella por la absoluta ajenidad del asunto con respecto a nuestro país.

El segundo de los asuntos judicializados fue la querella presentada por ocho ciudadanos de nacionalidad china y dos más nacionales españoles contra un antiguo alto cargo del departamento de seguridad interior chino y, otra vez, contra un ex jefe de estado de la República Popular China –Jiang Zemin–, por la presunta comisión de hechos constitutivos de delitos de genocidio y torturas cometidos en ese país desde 1990 por la persecución de personas pertenecientes a un grupo religioso-espiritual llamado *Falun Gong*. También aquí, la inicial inadmisión a trámite de la querella en aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo en el asunto *Guatemala* resultó revisada por el propio Tribunal Constitucional en aplicación de los nuevos parámetros interpretativos del art. 23.4 LOPJ por él sentados en el citado asunto y por estimar consiguientemente inapropiado exigir vínculos adicionales de conexión⁴⁴⁸

La Sentencia del Tribunal Constitucional 227/2007 ⁴⁴⁹ dictada en amparo de la Sentencia del T.S. 345/2005 tomaba en consideración, como fundamento de la denegación del derecho a la tutela judicial, como derecho de acceso a la jurisdicción, la alegación de los recurrentes, afirmando la corrección del planteamiento respecto a la imposibilidad de acceso a la Corte Penal Internacional por las razones que se indican-«ya que China no ha ratificado el Estatuto de Roma»-, lo que en consecuencia no deja otra salida, como sostienen, para el posible enjuiciamiento de los delitos denunciados que la que han elegido...».

Y añadía, que «la exigencia de vínculos o elementos de conexión para la entrada en juego de la regla jurisdiccional del Art. 23.4 de la LOPJ...es contraria al derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho de acceso al proceso (Art. 24.1CE)». Calificando de «forzada e infundada» la interpretación que el TS hace del referido precepto de la Ley Orgánica. Para concluir:»el sometimiento de la competencia para enjuiciar crímenes internacionales como el genocidio o el terrorismo a la concurrencia de intereses nacionales...no

⁴⁴⁸ OLLE SESE, M. «Justicia Universal para crímenes internacionales», La Ley, Madrid, 2008, págs. 26 y ss. y 76 y ss.

⁴⁴⁹ Antes incluso de esta sentencia, el 20 de junio de 2006, esgrimiendo la necesidad de entablar un diálogo institucional y constructivo con el TC, el Tribunal Supremo había aceptado, bastante a regañadientes, la doctrina del primero en el asunto «Guatemala», ordenando la admisión a trámite de una segunda querella presentada meses después de la primera esta vez contra otros cuatro altos cargos chinos, entre ellos Jia Qinglin, alto responsable del Consejo Consultivo Político del Pueblo Chino, que se preveía iban a asistir a un Foro hispano-chino a celebrar en Madrid .Debe recordarse que previamente el Tribunal Supremo había revocado en casación (s. de 20 de junio de 2006) la decisión de la Audiencia Nacional (29 de abril de 2005, anterior a la s. del Tribunal Constitucional) que no había admitido a trámite una querella por genocidio y torturas planteada por seguidores de la secta Falun Gong contra dirigentes de la República Popular.

resulta cabalmente conciliable con el fundamento de la jurisdicción universal» Por todo ello, estimó el recurso de amparo, acordó la anulación de las resoluciones recaídas y acordó que se dictara «una nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental vulnerado»

D) Otros sumarios judicializados ante la Audiencia Nacional

Mientras tanto se interponían y fueron admitidos ante los Juzgados Centrales de Instrucción otros asuntos no con menor relevancia jurídica, que se exponen a continuación de forma cronológica.

Caso Ruanda. En febrero de 2005 se interpuso querrela por supuestos delitos de genocidio y terrorismo cometidos contra ruandeses, congoleños y españoles, víctimas de acciones llevadas a cabo por el Frente Patriótico Ruandés en 1994. En febrero de 2008 la Audiencia Nacional dictó auto de procesamiento y órdenes de detención internacional contra 40 personas por delitos de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y terrorismo. Se excluyó al Presidente Kagame, por su condición de jefe de estado en activo.

Vuelos de la CIA. Un grupo de particulares de Palma de Mallorca formularon una denuncia ante la Fiscalía de Baleares por torturas, en relación con la utilización de aeropuertos españoles para el transporte clandestino de prisioneros, bautizado por sus autores como «programa de entregas extraordinarias»⁴⁵⁰ y también conocido en medios periodísticos como «vuelos secretos de la CIA». El Juzgado se inhibió en favor de la Audiencia Nacional, instruyendo la causa el Juzgado Central de Instrucción núm. 2, que declaró su competencia en junio de 2006.⁴⁵¹ En este caso, la competencia de la jurisdicción española no solamente se apoya en la perseguibilidad universal del delito de torturas sino, además, en la posible utilización de suelo y espacio aéreo español en el desarrollo de los delitos investigados.⁴⁵²

⁴⁵⁰ Definido en la resolución adoptada por el Parlamento Europeo, como sigue: «...el programa de entregas extraordinarias es una práctica extrajudicial, que contraviene la normativa internacional en materia de derechos humanos y permite que una persona presuntamente implicada en actividades terroristas sea secuestrada ilegalmente, detenida y/o entregada a agentes de los estados Unidos y/o transportada hacia otro país en el que se le somete a interrogatorios que, en la mayoría de los casos, implican la detención en régimen de incomunicación y la aplicación de torturas». P6_TA(2007)0032 Supuesta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y la detención ilegal de presos. Resolución del Parlamento Europeo sobre la supuesta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y la detención ilegal de presos (2006/2200-INI-) 14 de febrero de 2007, párr. 36.

⁴⁵¹ Audiencia Nacional, Juzgado Central de Instrucción núm. 2; Diligencias previas 109/06; Auto de 9 de junio de 2006.

⁴⁵² Estos vuelos están siendo objeto de investigación en distintos países europeos y han dado lugar a distintos informes y pronunciamientos del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa que han identificado más de un millar de vuelos irregulares. Véanse: Temporary Committee on the alleged use of European countries by the CIA for the transport and illegal detention of prisoners. 24.4.2006. DRAFT INTERIM

El juez de la Audiencia Nacional Ismael Moreno, en enero de 2007, pidió al Ministerio de Defensa la desclasificación de la información de los servicios de inteligencia en relación con el caso.

Caso Sahara. En relación con el Sahara Occidental se han abierto dos casos distintos en el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 El primero deriva de la querella presentada el 14 de septiembre de 2006 y completada en octubre de 2007 por una serie de asociaciones vinculadas al pueblo saharaui y a la defensa de los derechos humanos,⁴⁵³ contra un grupo de altos cargos civiles y militares marroquíes por genocidio, torturas, detenciones ilegales, secuestros y desapariciones contra el pueblo saharaui.⁴⁵⁴ Mediante Auto de 29 de octubre de 2007, el juez se declaró competente y admitió a trámite la querella.⁴⁵⁵ El segundo tiene su origen

REPORT on the alleged use of European countries by the CIA for the transport and illegal detention of prisoners. PR\612587EN.doc Rapporteur: Giovanni Claudio Fava; 7.2.2007. WORKING DOCUMENT NO 9 on certain European countries analysed during the work of the Temporary Committee. Rapporteur: Giovanni Claudio Fava, DT\651745EN.doc; 30.1.2007. INFORME sobre la supuesta utilización de países europeos por la CIA para el transporte y la detención ilegal de presos. Comisión Temporal sobre la Supuesta Utilización de Países Europeos por la CIA para el Transporte y la Detención Ilegal de Presos. Ponente: Giovanni Claudio Fava. RR\650610ES.doc. En el Consejo de Europa: Parliamentary Assembly/Assemblée parlementaire. 7 June 2007. Committee on Legal Affairs and Human Rights. Secret detentions and illegal transfers of detainees involving Council of Europe member states: second report. Explanatory memorandum* Rapporteur: Mr Dick Marty, Switzerland, ALDE. Sobre todo este proceso, véase, LOZANO CONTRERAS, F. «Convicts in Air: Implementation by the CIA of the extraordinary rendition programme in European territory. Special reference to Spanish practice», SYIL, vol. XII, 2008, págs. 51-79. En estados Unidos la bibliografía es abundante; véase, por todos, WEISSBRIDTD. y BERGQUIST, A. «Extraordinary Rendition and the Torture Convention», Va. J. Int'l L., vol. 46, núm. 4, 2006, págs. 586-650; NADYA SADAT, L. «Ghost Prisoners and Black Sites: Extraordinary Rendition under International Law», 37 Case W. Res. J. Int'l L. 2006, págs. 309-342. 327 Más tarde, a petición del juez, el organismo público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA) suministró nueva información sobre los vuelos en España, dando cuenta de 47 vuelos que entre el 16 de junio de 2002 y el 28 de febrero de 2007 cruzaron el espacio aéreo español. Un total de 22 de estos vuelos se produjeron durante el mandato de José María Aznar, y 25 en el de José Luis Rodríguez Zapatero. La documentación de AENA revela que hubo ocho vuelos con origen o destino a Guantánamo en 2002 que sobrevolaron España; siete en 2003; doce en 2004; nueve en 2005; nueve en 2006 y dos hasta febrero de 2007. Pueden verse datos más detallados en GUARDANS CAMBO, I. «Entregas extraordinarias, torturas y vuelos de la CIA», en CUERDA RIEZU, A. Y JIMENEZ GARCIA, F. (dirs.), Nuevos desafíos del Derecho penal internacional, Tecnos, Madrid, 2009, págs. 47-72. 328 Juzgado Central de Instrucción núm. 6, Audiencia Nacional, Diligencias Previas núm. 134/2009, Auto de 4 de mayo de 2009.

⁴⁵³ Asociación de Familiares de Presos y Desaparecidos Saharauis (AFAPREDESA), la Federación de Asociaciones de Promoción de Defensa de los Derechos Humanos, la Asociación Pro Derechos Humanos de España (APDHE), la Federación Estatal de Instituciones Solidarias con el Pueblo Saharaui (FEDISSAH), y la Coordinadora Estatal de Asociaciones Solidarias con el Pueblo Saharaui (CEAS-SAHARA).

⁴⁵⁴ Entre los querellados figuran Housni Ben Sliman, general de la gendarmería real marroquí, Ben Hima, comisario de la Dirección General de la Seguridad Nacional de El Aaiún y en la actualidad comisario en Agadir, y Abdelhafid Ben Hachem, jefe de la Dirección General de la Seguridad Nacional (DGSN).

⁴⁵⁵ Audiencia Nacional. Juzgado Central de Instrucción núm. 5. Diligencias previas Proc. Abreviado 362 /2007. Auto de 29 de octubre de 2007.

en una querella presentada en diciembre de 2007 por la Asociación Saharaui de Derechos Humanos (ASDH) contra 24 dirigentes del Frente Polisario⁴⁵⁶ y tres oficiales del ejército de Argelia por genocidio, torturas y desapariciones. El 5 de junio de 2009 el juez decidió admitir a trámite la querella y librar comisiones rogatorias a Marruecos y Argelia para determinar si los hechos son objeto de investigación en alguno de los dos países.

Caso Jesuitas. La Asociación Pro Derechos Humanos de España (APDHE) y el Centro de Justicia y Responsabilidad (CJA), con sede en San Francisco (EE. UU.) formalizaron, el 13 de noviembre de 2008, una querella ante la Audiencia Nacional contra el ex presidente de El Salvador Alfredo Cristiani Burkard y otros catorce antiguos oficiales y soldados del ejército salvadoreño por los cargos de crímenes de lesa humanidad o, alternatively, asesinato en el contexto de crímenes contra la humanidad,⁴⁵⁷ y por terrorismo, por su presunta participación en el asesinato de ocho personas, entre ellas, seis sacerdotes jesuitas, que tuvo lugar el 16 de noviembre de 1989 en la Universidad de Centro América «José Simeón Cañas» (UCA) en El Salvador,⁴⁵⁸ por parte de miembros del batallón de contra insurgencia del ejército salvadoreño Atacatl.⁴⁵⁹ El 12 de enero de 2009, el juez Eloy Velasco, del Juzgado Central de Instrucción número 6 de la Audiencia Nacional, admitió a trámite la querella presentada e imputó los delitos de crímenes contra la humanidad y terrorismo a catorce antiguos oficiales salvadoreños, entre ellos el general Emilio Ponce, jefe del Alto Mando de las Fuerzas Armadas salvadoreñas, y el general Rafael Humberto Larios, antiguo ministro de Defensa.⁴⁶⁰ El Auto excluyó, en principio, al ex presidente de El Salvador, Alfredo Cristiani. Igualmente, acordó enviar comisión rogatoria a dicho país para obtener la información pertinente sobre los procedimientos judiciales realizados en él, en relación con el caso.

⁴⁵⁶ Entre ellos el entonces representante oficial de la RASD en España y actual representante en Argelia, Brahim Ghali.

⁴⁵⁷ De acuerdo con la doctrina citada del Tribunal Supremo en el caso Scilingo, Sentencia 798/2007, de 1 de octubre de 2007.

⁴⁵⁸ Los fallecidos fueron los sacerdotes jesuitas Ignacio Ellacuría, teólogo y antiguo rector de la UCA, Ignacio Martín-Baró, Segundo Montes, Armando López, Juan Ramón Moreno y Joaquín López, su ama de llaves Julia Elba Ramos y la hija de esta, Celina Mariceth Ramos.

⁴⁵⁹ Véase, al respecto, el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Informe núm. 136/99, Caso 10.488, Ignacio Ellacuría, s.j.; Segundo Montes, s.j.; Armando López, s.j.; Ignacio Martín Baró, s.j.; Joaquín López y López, s.j.; Juan Ramón Moreno, s.j.; Julia Elba Ramos, y Celina Mariceth Ramos, El Salvador, 22 de diciembre de 1999. Y la documentación contenida en la web del CJA: <http://www.cja.org/espanol/jesuits.shtm>.

⁴⁶⁰ Audiencia Nacional. Juzgado Central de Instrucción núm. 6. Diligencias previas Proc. abreviado 391/2008. Auto de 12 de enero de 2009. 337 Los demás imputados son el ex secretario militar del ministro, Michael Herzog; el ex jefe del estado Mayor general Moshé Yaalón; el entonces comandante de las fuerzas aéreas israelíes, Dan Halutz; el general del Mando Sur de las Fuerzas de Defensa, Doron Almog; el presidente del Consejo Nacional de Seguridad y Asesor Nacional de Seguridad, Giora Eiland, y el director del Servicio General de Seguridad, Abraham Dichter.

Caso Mauthausen. Esta querella que fue admitida, y cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Central de Instrucción núm. 2 de la Audiencia Nacional, se formuló contra 4 miembros de la organización SS TOTENKOPF por los asesinatos cometidos en los campos de exterminio de Mauthausen, Sachsenhausen y Flössenburg contra prisioneros republicanos españoles exiliados a Europa tras el final de la Guerra Civil española que huían de la represión franquista.

Caso Gaza. En 2008 el Centro de Derechos Humanos de Palestina, junto con algunas de las víctimas, presentó ante la Audiencia Nacional una querella por crímenes contra la humanidad contra varios altos responsables de Israel. Los hechos se referían al ataque aéreo realizado el 22 de julio de 2002 con una bomba de gran potencia con objeto de asesinar al líder de Hamas, Salah Shehade. En el ataque, sobre una zona densamente poblada de Gaza, murieron catorce civiles y sufrieron heridas otros 150, además de provocarse la destrucción de numerosas viviendas. Israel no dio respuesta a la petición de agosto de 2008 del juez de la Audiencia Nacional Fernando Andreu de dar información sobre las investigaciones realizadas en dicho país, por lo que el juez decidió, en enero de 2009, admitir a trámite la querella e imputar a los acusados, entre los que estaba el ex ministro de Defensa de Israel, Benjamín Ben-Eliezer.⁴⁶¹ Una vez recibida y estudiada la documentación enviada por Israel, la Fiscalía presentó un recurso contra el Auto de admisión a trámite por considerar que el asunto ya había sido investigado en dicho país. Pero el juez Andreu consideró que en realidad nunca había habido en Israel una auténtica investigación judicial, y rechazó el recurso en mayo de 2009.⁴⁶² No obstante, el recurso de apelación presentado por la Fiscalía fue estimado por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que el 30 de junio decidió archivar la causa que fue recurrida ante el Tribunal Supremo⁴⁶³.

Caso Guantánamo. En la primera de estas causas se investigan las torturas que habrían sufrido cuatro presos en la base militar estadounidense de Guantánamo entre 2002 y 2005. La querella había sido presentada por la Asociación Pro Dignidad de los Presos y Presas de España, la Asociación Libre de Abogados (ALA), Izquierda Unida (IU) y la Asociación Pro Derechos Humanos de España (APDHE), se dirigía contra seis miembros de la Administra-

⁴⁶¹ Los demás imputados son el ex secretario militar del ministro, Michael Herzog; el ex jefe del estado Mayor general Moshé Yaalón; el entonces comandante de las fuerzas aéreas israelíes, Dan Halutz; el general del Mando Sur de las Fuerzas de Defensa, Doron Almog; el presidente del Consejo Nacional de Seguridad y Asesor Nacional de Seguridad, Giora Eiland, y el director del Servicio General de Seguridad, Abraham Dichter.

⁴⁶² Audiencia Nacional. Juzgado Central de Instrucción núm. 4. Diligencias previas núm. 157/2008. Auto de 29 de enero de 2009.

⁴⁶³ Una nueva querella se presentó contra responsables israelíes en julio de 2009, por el ataque a la franja de Gaza de diciembre de 2008 y enero de 2009.

ción del ex presidente estadounidense George W. Bush que pusieron las bases legales para la creación de Guantánamo. El auto de incoación lo es por presuntos delitos de torturas y contra la integridad moral en concurso con uno o varios delitos de crímenes de guerra. La investigación fue avalada por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional el 25 de febrero de 2011, que destacó «el vínculo de conexión relevante con España» de las dos víctimas.

La segunda investigación fue abierta en enero de 2010 por el juez Baltasar Garzón contra «las personas que tuvieran bajo su guardia y custodia a los detenidos Hamed Abderraman Ahmed, nacido en Ceuta y conocido con los alias de "Hamido" y el "talibán español"; el marroquí Lahcen Ikassrien, con residencia y arraigo en nuestro país; el palestino Jamil Adullatif El Banna y el libio Omar Deghayes y las que autorizaron o practicaron los actos» descritos en la querella, todos ellos «miembros del Ejército de estados Unidos y la inteligencia militar», así como los que «ejecutaron y/o diseñaron un plan sistemático de torturas o malos tratos inhumanos o degradante»⁴⁶⁴ El 17 de marzo de 2009 se presentó una querella contra los artífices de la doctrina jurídica que avaló en estados Unidos la creación del centro de detención de Guantánamo y el trato que se dio a las personas allí internadas: William Haynes, consejero jurídico del Departamento de Defensa; Jay Bybee y John Yoo, asesores jurídicos del Departamento de Justicia; Alberto Gonzales, consejero del presidente Bush; David Addington, asesor jurídico del vicepresidente Dick Cheney, y Douglas Feith, subsecretario de Política de Defensa. El 5 de mayo, el Juez Eloy Velasco dictó un auto, mediante el que cursó una comisión rogatoria a estados Unidos en la que preguntaba a sus autoridades judiciales «si en la actualidad los hechos a los que se refiere la querella están siendo o no investigados o perseguidos», con objeto de aplicar, en su caso, el criterio de subsidiariedad de la jurisdicción española.

Caso Couso. José Manuel Couso Permuy, falleció en Bagdad el 8 de abril de 2003 como consecuencia del disparo de un tanque Abrams M-1 del ejército de estados Unidos.⁴⁶⁵ El 27 de mayo de 2003, la madre y los tres hermanos de Couso presentaron una querella a la Audiencia Nacional contra el capitán Phillip Wolford, el teniente coronel Phillip de Camp y el sargento Shawn Gibson, como responsables del disparo. Según los querellantes se trata de un asesinato que constituye además un crimen de guerra. El 9 de julio de 2003 el juez de la Audiencia Guillermo Ruiz Polanco admitió a trámite la querella, decisión confirmada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en octubre de 2003. Ante la falta de coopera-

⁴⁶⁴ Sobre Guantánamo se presentaron dos procedimientos ante los Juzgados de Instrucción números 5 y 6 de la Audiencia Nacional.

⁴⁶⁵ Mientras se alojaban centenares de periodistas de los medios de comunicación internacionales, en Bagdad. Además de José Manuel Couso, falleció también el periodista ucraniano Taras Protsyuk, de la agencia Reuters, y fueron heridas otras tres personas.

ción de las autoridades de estados Unidos, el nuevo juez del Juzgado Central de Instrucción número 1, Santiago Pedraz, dictó una orden de detención de los tres militares⁴⁶⁶ el 19 de octubre de 2005. La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional estimó en marzo de 2006 el recurso presentado por el fiscal, y ordenó el archivo de las actuaciones, por entender que no había base suficiente para el procesamiento.⁴⁶⁷ El 5 de diciembre de 2006 la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo estimó el recurso interpuesto por la familia de José Couso contra la decisión anterior, afirmando la competencia de los jueces y tribunales españoles para conocer de la causa.⁴⁶⁸ En abril de 2007, el juez Santiago Pedraz dictó Auto de procesamiento contra los militares,⁴⁶⁹ como autores de un crimen de guerra, previsto en el artículo 611.1 del Código Penal, consistente en ataques indiscriminados y desproporcionados contra civiles, así como de un delito de asesinato, previsto en el artículo 139 del Código Penal, en lo que constituye el primer Auto de procesamiento en España por crímenes de guerra, en aplicación del artículo 23.4 h de la LOPJ. No obstante, la decisión fue anulada de nuevo, en apelación, por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en mayo de 2008⁴⁷⁰, por considerarla insuficientemente fundada, aunque no decidió archivar el caso. El 21 de mayo de 2009, el juez de instrucción dictó un nuevo Auto de procesamiento en los mismos términos que fue, otra vez, anulado por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional el 15 de julio de 2009, por los mismos motivos.⁴⁷¹

Por el contrario, otros casos no corrieron la misma suerte de admisión. Varias querellas han sido presentadas contra Fidel Castro por supuestos delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad, torturas y terrorismo, en algunos de los casos conjuntamente con Raúl Castro Ruz, Osmani Cienfuegos y Carlos Amat. Todas ellas han sido inadmitidas a trámite, acogiendo el principio de inmunidad de un jefe de estado en ejercicio de su cargo, que se ha aplicado

⁴⁶⁶ Juzgado Central de Instrucción núm. 1, Audiencia Nacional. Madrid. Auto de 19 de octubre de 2005. Diligencias previas 99/2003-10.

⁴⁶⁷ Sala de lo Penal, Sección Segunda, Audiencia Nacional, Madrid. Auto de 8 de marzo de 2006.

⁴⁶⁸ Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Sentencia núm. 1240/2006. 5/12/2006. Ponente Excmo. Sr. D. Luis-Román Puerta Luis. Recurso de Casación núm. 1188/2005. La interpretación favorable se debe también, en buena medida, a la Sentencia 237/2005 del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005 en el caso Guatemala. No obstante el Tribunal Supremo expresa claras reservas respecto de la falta de restricción en la aplicación del principio de justicia universal en España. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Segunda Sentencia núm. 1240/2006. 5/12/2006. Ponente Excmo. Sr. D. Luis-Román Puerta Luis. Recurso de Casación núm. 1188/2005. Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. Segunda Sentencia núm. 1240/2006. 5/12/2006. Ponente Excmo. Sr. D. Luis-Román Puerta Luis. Recurso de Casación núm. 1188/2005.

⁴⁶⁹ Audiencia Nacional. Juzgado Central de Instrucción núm. 1. Sumario 27/2007. Auto de 27 de abril de 2007.

⁴⁷⁰ Audiencia Nacional. Sala de lo Penal. Sección 2. Rollo de Sala: Apelación contra Autos: 158/2007. Procedimiento de Origen: Sumario 27/2007. Juzgado Central de Instrucción núm. 1. Auto de 13 de mayo de 2008.

⁴⁷¹ Audiencia Nacional. Sala de lo Penal. Sección Segunda. Rollo de Sala: Apelación contra Autos 144/2009. Sumario (Proc. Ordinario) 27/2007. Juzgado Central de Instrucción núm. 1. Auto de 14 de julio de 2009. 323 <http://www.es.amnesty.org/temas/justicia-internacional/otros-casos-abiertos-en-espana/>.

incluso cuando cedió el cargo a su hermano Raúl por razones de salud.⁴⁷² Una querella presentada en 1998 contra el entonces jefe de estado de Marruecos, Hassan II, fue también inadmitida con arreglo al principio de la inmunidad de los jefes de estado.⁴⁷³ La misma suerte corrió la querella presentada en 1998 contra Teodoro Obiang Nguema, presidente de Guinea Ecuatorial.⁴⁷⁴ Igual ha sucedido con la querella formulada contra Hugo Chávez y otros por terrorismo y crímenes contra la humanidad en 2003.⁴⁷⁵ Por otra parte, se ha inadmitido en 2008 una querella presentada en 2007 por torturas en forma de violación, por los hechos ocurridos en mayo de 2006 durante la represión de las revueltas de Atenco, en México. En este último caso, se ha considerado que los hechos pueden ser juzgados adecuadamente en México.

Por último en junio de 2005 se presentó una querella por genocidio, delitos de lesa humanidad, terrorismo y torturas por hechos ocurridos entre 1996 y 2000 en la zona fronteriza con Panamá contra indígenas y personas afrodescendientes. La querella fue inadmitida por la Audiencia Nacional al estimar que existían suficientes garantías suficientes de ser juzgadas.

2.3. LA REFORMA DE LA LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL 6/1985 DE 1 DE JULIO POR LEY 1/2009 DE 3 DE NOVIEMBRE COMPLEMENTARIA DE LA LEY DE REFORMA DE LA LEGISLACION PROCESAL PARA LA IMPLANTACION DE LA NUEVA OFICINA JUDICIAL, POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGANICA 6/1985, DE 1 DE JULIO, DEL PODER JUDICIAL

2.3.1. ANTECEDENTES DE LA REFORMA

El Gobierno socialista con el apoyo del Partido Popular, llevaron a cabo la reforma del artículo 23.4 de la LOPJ. Esta reforma ya fue intentada con la Ley Orgánica de 18/2003, de 10 de diciembre, de cooperación con la Corte Penal Internacional.

⁴⁷² La primera querella, contra Fidel Castro y otros, fue presentada el 5 de noviembre de 1998. El juez del Juzgado Central de Instrucción núm. 2 decidió no admitirla el 19 de noviembre; la decisión fue confirmada por la Sala Penal de la Audiencia Nacional el 4 de marzo de 1999. La segunda se presentó contra Fidel Castro en 2005 y fue desestimada por Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 2, de 14 de octubre de 2005, decisión confirmada por la Sala Penal el 10 de marzo de 2006. La tercera querella, contra Fidel Castro y Osmani Cienfuegos, fue presentada en febrero de 2007; el Juzgado Central de Instrucción núm. 1 no la admitió a trámite por Auto de 16 de abril de 2007; el Pleno de la Sala penal confirmó la decisión el 13 de diciembre de 2007.

⁴⁷³ Auto de 23 de diciembre de 1998, la decisión fue confirmada por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional el 23 de diciembre de 1998.

⁴⁷⁴ Admitida a trámite por Auto de 23 de diciembre de 1998.

⁴⁷⁵ Audiencia Nacional, Juzgado Central de Instrucción núm. 4; Diligencias previas 40/2003. Auto de 18 de marzo de 2003.

La reforma se llevó a cabo mediante una enmienda a una ley de carácter procesal. Como señala REMIRO BRONTONS «Aprovechar el debate sobre el estado de la Nación para propiciar la adopción de una resolución del Congreso, el 19 de mayo, instando la enmienda del artículo 23.4 de la LOPJ como un vagón añadido a la caravana de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial parece una chapuza impuesta por las circunstancias del momento, a saber, la posible apertura de una causa contra el entonces ministro de defensa, Benjamín Ben Eliezer, y seis mandos militares por crímenes de guerra resultantes de acciones armadas de Israel en Gaza (junio 2008), contra altos dirigentes chinos por genocidio y crímenes contra la Humanidad a cuenta de los disturbios ocurridos el 14 de marzo de 2008 en Lasha (Tíbet), que se saldaron con dos centenares de muertos y miles de detenidos (8 de agosto de 2008), por torturas en Guantánamo y en otros campos de internamiento de presuntos terroristas fuera de territorio, pero bajo control, de los estados Unidos (27 de abril de 2009). Añádanse a la lista presuntos crímenes cometidos por Marruecos en Sahara Occidental (octubre de 2007) o por los responsables actuales del gobierno de Ruanda (febrero de 2008).

La reforma sería aprobada, sin cambiar una sola coma, en los términos previstos en la enmienda.⁴⁷⁶ En efecto, la presión política fue fortísima, primero Israel, luego el Gobierno Chino y por último la Administración Norteamericana que fueron los verdaderos artífices de esta modificación. En enero de 2009, la entonces ministra de Asuntos Exteriores israelí, Tzipi Livni, obtuvo la promesa del Ministro de Asuntos exteriores español Miguel Angel Moratinos, de que se procedería a la reforma de la legislación relativa a la jurisdicción universal, que había convertido la Audiencia Nacional en un tribunal internacional como consecuencia de la investigación del ataque aéreo en la Franja de Gaza en julio de 2002 que mató a 14 civiles. El comunicado de la Embajada de Israel, una vez que la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional resolvió archivar esta causa, denunciaba la presentación de la demanda como «una explotación cínica e inaceptable de la justicia con fines políticos»⁴⁷⁷

⁴⁷⁶ Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (art. 1), BOE nº 266, de 4.XI.2009. Sobre la reforma de 2009 y sus antecedentes puede verse ANDRES DOMINGUEZ, A.C. «La reforma del principio de justicia universal», Revista de Derecho Penal, n.º 31 (2010), págs. 11 y ss.; BUJOSA VADELL, L.M. «Reforma del principio de justicia universal en la Jurisdicción española», Diario La Ley, Nº 7298, Sección Tribuna, 4 Dic. 2009, Ref. D-377; CHINCHON ALVAREZ, J. «Análisis formal y material de la reforma del principio de jurisdicción universal en la legislación española: De la «abrogación de facto» a la «derogación de iure»», Diario La Ley, Nº 7211, Sección Doctrina, 6.VII.2009; DEL CARPIO DELGADO, J. «El principio de justicia universal en España tras la reforma de 2009», Diario La Ley, N.º 7307, Sección Doctrina, 21.XII.2009; FERRER LLORET, J. «The Principle of Universal Criminal Jurisdiction in Spanish Practice (2003-2009)», Spanish Yearbook of International Law, vol. XV (2009), págs. 63 y ss.; MARTINEZ RIVAS, F. «Notas de urgencia sobre el principio de justicia universal y la reforma del artículo 23.4 de la LOPJ por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre», Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 2 (2010), págs. 359 y ss.; o MARQUEZ CARRASCO, C. / MARTIN MARTINEZ, M. «El principio de jurisdicción universal en el ordenamiento jurídico español: pasado, presente y futuro», AMDI, vol. XI (2011), págs. 251 y ss.

⁴⁷⁷ Comunicado de 30 de junio de 2009, www.embajada-israel.es.

Igualmente la presión del Gobierno Chino fue muy significativa a raíz de que el juez instructor presentase una solicitud para interrogar a los acusados, si bien las autoridades chinas la rechazó, y advirtieron que esta actuación se podía considerar una intromisión en los asuntos internos de China que podría dañar seriamente las relaciones bilaterales, como lo demuestra el comunicado emitido el 7 de Mayo de 2009 ⁴⁷⁸.

No menos importante, fue la presión de la Administración Norteamericana ante la investigación abierta contra seis ex funcionarios de la administración Bush por presuntas torturas en el centro de detención de Guantánamo, contra prisioneros -uno de ellos de nacionalidad española-, que han sido posteriormente absueltos en España de los cargos de integración en la organización terrorista al-Qaeda. ⁴⁷⁹.

Las presiones de los diferentes Gobiernos han sido denunciadas por Amnistía Internacional en numerosos comunicados ⁴⁸⁰.

El portavoz del PSOE en la Comisión de Justicia, declaró «que no tenía demasiada justificación que en países democráticos homologables pueda un país entrar a juzgar situaciones de otro país democrático si este país tiene la oportunidad y la obligación de juzgarlos...» ⁴⁸¹

⁴⁷⁸ Un comunicado de la Embajada de la RP China, de 7 de mayo de 2009, solicitaba del Gobierno la adopción de «medidas inmediatas y efectivas» para que la querella presentada por el Comité de Apoyo al Tíbet fuera «retirada cuanto antes» a fin de evitar «posibles estorbos y daños en las relaciones bilaterales» (El País, 7 de mayo de 2009, www.elpais.com/articulo/espana/China). El caso en la medida en que planteaba la imputación de tres ministros y cinco altos cargos del estado podía ser inadmitido, al margen del principio de jurisdicción universal, atendiendo a las inmunidades de los agentes extranjeros.

⁴⁷⁹ El 27 de abril de 2009 el juez de la AN, Baltasar Garzón dictó un auto abriendo la instrucción de un procedimiento contra autores, cómplices y encubridores de torturas en Guantánamo y otros campos de internamiento infligidas a cuatro prisioneros, uno de ellos de nacionalidad española, que habían sido posteriormente absueltos en España de los cargos de integración en la organización terrorista Al-Qaeda. Estas absoluciones habían sido resultado de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo el 22 de junio de 2006 (829/2006) admitiendo el recurso contra una sentencia condenatoria de la AN, en la que el Alto Tribunal afirmaba que Guantánamo constituía un perfecto ejemplo de lo que la doctrina había definido como el Derecho penal del enemigo.

⁴⁸⁰ Resulta ciertamente preocupante», se dice en el Comunicado acerca de la introducción de limitaciones en el principio de jurisdicción universal, auspiciado por Jueces para la Democracia, la Unión Progresista de Fiscales y el Grupo de Estudios de Política criminal, de 25 de mayo de 2009 (num.6), «que nuestros responsables políticos se hayan decidido a plantearse la introducción de limitaciones en la legislación vigente al socaire de asuntos que afectan a potencias mundiales. Bien parece que la necesidad de limitar la protección de los derechos humanos surja solamente ante los poderosos». En el mismo sentido, Comunicado de Amnistía Internacional, Human Rights Watch y Organizaciones españolas, de 25 de junio de 2009, párrafo primero.

⁴⁸¹ Intervención del diputado VILLARRUBIA, Congreso de los Diputados, D. de S., Comisiones, IX Legislatura, Num. 315, 18 de junio de 2009, págs. 21-23.

Pese a las reacciones y denuncias de organizaciones como la Federación Internacional de Derechos Humanos, Jueces para la Democracia, la Unión Progresista de Fiscales, Magistrados Europeos por la Democracia y las Libertades, o el Grupo de Estudios de Política Criminal, Amnistía Internacional, Human Rights Watch o la Asociación Pro Derechos Humanos de España, entre muchos otros, la reforma se llevó aunque como hemos señalado de manera encubierta⁴⁸². De este modo, las pocas declaraciones públicas a este respecto se han dirigido a sostener que no se trata más que de una adaptación para que el principio de jurisdicción universal sea más eficaz y tenga relación con los intereses españoles, conectada también con que la Audiencia Nacional no puede asumir la investigación, juicio y sanción de un elevado número crímenes de derecho internacional por motivos materiales, cuando realmente los datos disponibles indican que las causas abiertas en España en aplicación del principio de jurisdicción universal no suponen ni el 0, 0005 por ciento del total de procesos pendientes ante la justicia española.

2.3.2. ANALISIS DE LA REFORMA

De la reforma llamó inicialmente la atención que la modificación legislativa no resultara, como era general, de un Proyecto de Ley aprobado en Consejo de Ministros, y que hubiera sido instada por el Ministerio de Asuntos Exteriores y no por el de Justicia.

La Exposición de Motivos ⁴⁸³ justifica la reforma en el objetivo de homologar la ley con el «entorno» europeo y «racionalizar» la jurisdicción universal, habida cuenta, de los conflictos originados por el uso «poco prudente, aunque bien intencionado» que se ha hecho de la regulación en vigor, que ha conducido a una afirmación de jurisdicción. Ilimitada.⁴⁸⁴ También se expresaba como objetivo «adaptar y clarificar el precepto (del artículo 23.4 de

⁴⁸² JUECES PARA LA DEMOCRACIA, LA UNION PROGRESISTA DE FISCALES, MAGISTRADOS EUROPEOS POR LA DEMOCRACIA Y LAS LIBERTADES, Y EL GRUPO DE ESTUDIOS DE POLITICA CRIMINAL, «Comunicado conjunto acerca de la introducción de limitaciones en el principio de Jurisdicción Universal», 26 de mayo de 2009, disponible en <http://www.juecesdemocracia.es/txtComunicados/2009/26mayo09.htm>.

⁴⁸³ III. En cumplimiento del mandato emanado del Congreso de los Diputados, mediante resolución aprobada el día 19 de mayo de 2009 con motivo del Debate del estado de la Nación, se realiza un cambio en el tratamiento de lo que ha venido en llamarse la «jurisdicción universal», a través de la modificación del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para, de un lado, incorporar tipos de delitos que no estaban incluidos y cuya persecución viene amparada en los convenios y costumbre del Derecho Internacional, como son los de lesa humanidad y crímenes de guerra. De otro lado, la reforma permite adaptar y clarificar el precepto de acuerdo con el principio de subsidiariedad y la doctrina emanada del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

⁴⁸⁴ Congreso de los Diputados, Diario de las Sesiones del Pleno y Diputación Permanente, IX Legislatura, núm. 95.

la LOPJ) de acuerdo con el principio de subsidiariedad y la doctrina emanada del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo».⁴⁸⁵

El Preámbulo de la ley se señalaba expresamente que se habían incorporado «tipos de delitos que no estaban incluidos y cuya persecución viene amparada en los convenios y costumbre del Derecho Internacional, como son los de lesa humanidad y crímenes de guerra». El nuevo texto legal también incluyó el principio de personalidad pasiva (víctimas españolas) y el principio de conexión relevante con España. Además, se condicionaría en todo caso a que no se hubiera iniciado procedimiento que suponga investigación y persecución efectiva⁴⁸⁶ en un tribunal internacional o en «otro país competente» dando lugar en este caso al sobreseimiento provisional en nuestro país.

El delito de lesa humanidad ⁴⁸⁷se tipificaba ya como tal en el Derecho español en el art. 607 bis del CP. que entró en vigor el 1 de octubre de 2004 y no figuraba mencionado expresamente entre los susceptibles de persecución universal por el art. 23.4 de la LOPJ.⁴⁸⁸

⁴⁸⁵ BOCG, Congreso de los Diputados, IX Legislatura, Serie A (proyectos de ley), núm. 28-1, 24 de junio de 2009, pág. 8.

⁴⁸⁶ Ahora bien no se definía qué era procedimiento eficaz y la ley no precisaba qué había de entenderse y quién había de apreciar si una persecución en el extranjero es eficaz.

⁴⁸⁷ No parecía razonable que el legislador asumiera la modificación del art. 23.4 de la LOPJ en 2005 (L.O. 3/2005, de 8 de julio), para someter al principio de persecución universal los delitos relativos a «la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España» y no se hiciera otro tanto con los crímenes de lesa humanidad.

⁴⁸⁸ La condena en España de A. F. Scilingo como autor de un delito de lesa humanidad en Argentina fue sostenida por la Audiencia Nacional (s. núm. 16/2005) aplicando el principio de equivalencia entre tipos penales. La imputación original había sido por genocidio (delito sí incluido en la relación del art. 23.4), que la Audiencia descartó por estimar que, una vez tipificado el delito de lesa humanidad, el genocidio «queda reducido ahora a situaciones muy específicas que estima el Tribunal que no se dan en el presente caso». La Audiencia Nacional explica que con anterioridad había que acudir a «una interpretación amplia del delito de genocidio» para paliar la inexistencia de una tipificación de los crímenes de lesa humanidad en el ordenamiento español, «ajustando el concepto técnico primitivo superrestringido que se contenía en la Convención sobre Genocidio a la evolución que se había producido posteriormente en el seno de la sociedad internacional». Para avalar en ese momento la operación judicial podía aducirse que una vez tipificados en el Derecho español los crímenes de lesa humanidad y siendo España parte además en el Estatuto de la CPI, no habían de ser ahora, desde el punto de vista de la competencia universal, de peor condición que cuando se subsumían en una interpretación amplia del genocidio o acudiendo a los tipos del terrorismo y las torturas. La asunción del principio de persecución universal por el Tribunal Constitucional es lo suficientemente enfática para considerar que no ha de endosar posturas muy formalistas cuando está en juego la defensa de valores fundamentales de la humanidad. No obstante, en casación, el Tribunal Supremo (s. 798/2007, de 1 de octubre), manteniendo la condena, desestimó la aplicación del tipo «crímenes de lesa humanidad» y acudió para justificarla a cada uno de los tipos penales en que pueden concretarse tales crímenes, sin parar mientes en que, al hacerlo, se deshacía el fundamento de su jurisdicción y afirmando ésta por analogía. Para un interesante comentario crítico véase GIL GIL, A. «Principio de legalidad y crímenes internacionales. Luces y sombras en la sentencia del Tribunal Supremo en el caso Scilingo», en CUERDA, A. / JIMENES, F. «Nuevos Desafíos del Derecho Penal Internacional. Terrorismo, Crímenes internacionales y Derechos fundamentales», Madrid, 2009, pág. 391.

La modificación introducida eliminaba los «crímenes de guerra» eo nomine del listado de delitos en los que era competente la jurisdicción española dentro de los límites previstos por el art.23.4 de la LOPJ, para subordinarlos a la formula abierta de «según los tratados y convenios internacionales» debían ser perseguidos en España, reforzada ahora al mencionarse «en particular, los convenios de Derecho Internacional humanitario y de protección de los derechos humanos».

Pero la esencia de la reforma fue la presencia de una conexión con un interés nacional como elemento legitimador para que las autoridades judiciales españolas pudieran enjuiciar crímenes graves de trascendencia internacional cometidos en el extranjero por no nacionales contra no nacionales. Se podía prescindir de este vínculo de conexión cuando se trataba de cualquier otro delito que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, debía ser perseguido en España. La modificación aprobada siguió la interpretación restrictiva del Tribunal Supremo español, que en el caso del genocidio de Guatemala (STS 327/2003) llevó a cabo una reducción teleológica del art. 23.4 LOPJ.⁴⁸⁹ y que fue «reinterpretada por el Tribunal Constitucional (SSTC 237/2005, 227/2007) al estimar que la interpretación restrictiva del Tribunal Supremo, violaba el derecho de los demandantes a la tutela judicial efectiva.»

Y así, el nuevo texto del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 6/1985 quedo redactado de la siguiente manera:

«4. Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos:

- a) Genocidio y lesa humanidad.*
- b) Terrorismo.*
- c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.*
- d) Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores e incapaces.*
- e) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.*

⁴⁸⁹ Así también CHINCHON ALVAREZ, J. «Análisis formal y material de la reforma del principio de jurisdicción universal en la legislación española: de la «abrogación de *facto*» a la «derogación de *iure*»», Diario La Ley, N.º 7211, 2009.

f) Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores.

g) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España.

h) Cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido en España.

5. Sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles. El proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreseerá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados en el país o por el Tribunal a los que se refiere el párrafo anterior.

Si se tramitara causa penal en España por los supuestos regulados en los anteriores apartados 3 y 4, será en todo caso de aplicación lo dispuesto en la letra c) del apartado 2 del presente artículo.»

Establecía artículo 23.4 LOPJ como requisitos para conocer en primer lugar que « existieran víctimas de nacionalidad española» lo que llamó la atención ya que a diferencia de otros criterios que permitían la aplicación extraterritorial de la legislación penal vistos supra (principio de personalidad activa, de personalidad pasiva, el principio de protección de intereses), el ejercicio de la jurisdicción universal no necesitaba de un vínculo o relación con el estado que la ejerce (nacionalidad del autor o la víctima, intereses del propio estado)., por ello señaló BLANCO CORDERO,⁴⁹⁰ que este elemento no debería ser un requisito del ejercicio de la jurisdicción universal, porque suponía confundir este principio con el de personalidad pasiva. De acuerdo con este último, un estado estaba autorizado a ejercer su competencia jurisdiccional para enjuiciar a un extranjero por delitos cometidos en el extranjero que afectaban a sus propios nacionales. Contrariamente al principio de personalidad pasiva, el derecho penal nacional puede aplicarse de acuerdo con el criterio de la jurisdicción universal, independientemente de la nacionalidad de la víctima.

⁴⁹⁰ BLANCO CORDERO, I. «Section IV. Universal Jurisdiction. General Report», *Revue Internationale de Droit Pénal*, N.º 79, 1-2, 2008, págs. 59-100, también publicado en francés (págs. 13-57) y en español (págs. 101-158).

En segundo lugar, el principio de jurisdicción universal se subordinó a que «los presuntos responsables se encuentren en España». Para el citado autor ⁴⁹¹ el Tribunal Constitucional español ya había señalado, que la presencia del acusado no era necesaria para abrir el procedimiento, aunque sí que es precisa para el acto del juicio oral. Por consiguiente, no deberán realizarse juicios en rebeldía en los casos en que se ejerza la jurisdicción universal. Considera que habría que distinguir entre las diferentes fases del proceso. La investigación es posible en rebeldía: los estados pueden incoar diligencias penales, dirigir una investigación, asegurar las pruebas, acusar o solicitar la extradición. Por el contrario, si debía exigirse siempre la presencia del acusado en los procedimientos principales.

En tercer lugar, «que se constata algún vínculo de conexión relevante con España.» Se trataba ésta de una formula amplísima y que llevaría a generar una amplia polémica no sólo judicial sino política por las decisiones que en esta materia iban a adoptar los Tribunales Españoles. El término «relevante» podía ser interpretado de muy distintas formas y dependía de criterios no sólo humanos sino «políticos». Lo que hoy era relevante, mañana podía dejar de serlo y viceversa.

Ya el voto particular discrepante de algunos magistrados del Tribunal Supremo que formularon en la sentencia sobre el genocidio de Guatemala, entendieron que podía considerarse como punto de conexión la existencia de una «comunidad cultural», vínculos culturales, históricos, sociales, lingüísticos, jurídicos, y de toda índole que unen a Guatemala y a su población indígena con España, que no permiten utilizar la absoluta ajenidad del asunto» (fundamento jurídico decimosegundo). Otras posibilidades de conexión, podrían ser la residencia de las víctimas o de los presuntos responsables, como en el derecho alemán o belga⁴⁹², el perjuicio del orden socioeconómico causado por blanqueo de capitales en delitos cometidos por asociaciones ilícitas, el descrédito estatal, etc.

⁴⁹¹ BLANCO CORDERO, I. «El principio de jurisdicción universal. Su aplicación por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 25 de febrero de 2003. Caso Guatemala», Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense, N.º 1, 2004, págs. 53-120; «Crisis del principio de jurisdicción universal en el derecho penal internacional contemporáneo (I)», La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, N.º 2, 2004, paginas. 1634-1646; BLANCO CORDERO, I. «Crisis del principio de jurisdicción universal en el derecho penal internacional contemporáneo (y II)», La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, N.º 2, 2004, págs. 1647-1659; Sobre este tema también RODRIGUEZ RAMOS, L. / GIL DE LA FUENTE, J. «Límites de la jurisdicción penal universal española: (a propósito de los casos Pinochet y Guatemala)», La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, N.º 3, 2003, págs.. 1499-1503.

⁴⁹² Sobre Alemania, JESSBERGER, F. «International Criminal Law: Universal Jurisdiction» National Reports, *Revue Internationale de Droit Pénal*, 2008 vol.79; Sobre Belgica VANDERMEERSCH, D. «International Criminal Law: Universal Jurisdiction». National Reports, *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 79, 2008.

Y por último, «Que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se haya iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles» Supone el texto una consagración de los principios de subsidiaridad horizontal y vertical⁴⁹³. Es decir, los estados deben ceder la prioridad a aquellos otros estados que tienen un fuerte nexo con el caso, por lo general de carácter territorial o de nacionalidad de autores o víctimas.

A partir de 1998 la jurisprudencia española había desarrollado el principio de subsidiariedad, en virtud del cual el estado donde se cometió el delito tiene prioridad sobre la jurisdicción española cuando ejerce la jurisdicción universal⁴⁹⁴. En consecuencia, España sólo podía ejercer su jurisdicción cuando el estado en cuyo territorio se habían cometido los delitos no quería o no podía juzgarlos, lo que supuso de facto, acoger la evolución que con los años nuestra jurisprudencia había desarrollado en una interpretación restrictiva del principio de subsidiariedad.⁴⁹⁵

Como señala OLLE SESE⁴⁹⁶ «si la ley ordena a los jueces españoles que sobresean provisionalmente el procedimiento cuando «quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados» en un tribunal competente o internacional, bastaría, la interposición de una mera denuncia en el país donde cometieron los hechos para decretar el sobreseimiento en España y sufrir un período de tiempo indeterminado hasta calificar si esa acción

⁴⁹³ De acuerdo con el criterio de la subsidiariedad horizontal, las autoridades judiciales de un estado deben abstenerse de ejercer la jurisdicción universal sobre los delitos que van a ser juzgados por los tribunales del país en el que se han producido. La subsidiariedad vertical se refiere a las relaciones entre una jurisdicción nacional y una jurisdicción internacional.

⁴⁹⁴ En el caso Pinochet, la Audiencia Nacional española aplicó el criterio de subsidiariedad, y consideró que los tribunales del lugar de comisión de los hechos no habían actuado, por lo que España tenía jurisdicción para conocer de los hechos. Al igual, en el caso del genocidio de Guatemala la Audiencia Nacional dictaminó que España tenía competencia subsidiaria para enjuiciar el delito de genocidio.

⁴⁹⁵ Respecto del carácter subsidiario se había pronunciado la Sentencia 25 de febrero de 2003 del Tribunal Supremo, en el caso de Guatemala, afirmando el carácter subsidiario del principio de justicia universal (en el sentido de que la intervención española en materia de persecución del genocidio sólo estaría justificada en defecto de jurisdicciones inicialmente competentes) y determinando que la inactividad de la jurisdicción territorial no sería un criterio que determinase la puesta en funcionamiento del principio de justicia universal. Por otro lado, el Voto Particular a dicha Sentencia señala que la subsidiariedad no está prevista en el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial como criterio limitador del ejercicio de la jurisdicción universal, señalando que en estos casos lo que funcionaría es el principio de concurrencia de las jurisdicciones y el principio de necesidad de la intervención. Por más que no le gustara el término a la minoría disidente que formuló el voto particular conjunto a la Sentencia *Guatemala* (que prefirió hablar de concurrencia de jurisdicciones y prioridad competencial de la jurisdicción territorial, sent. cit., FF.D. 3º y 4º) la expresión resulta ampliamente utilizada tanto en el ámbito de la jurisprudencia española como en el ámbito internacional con el fin de aludir a la regla de la que estamos hablando.

⁴⁹⁶ OLLE SESE, M. «La reforma del principio de justicia universal», <http://www.abogacia.es/2014/02/27/la-reforma-del-principio-de-justicia-universal/>.

penal nacida de la denuncia es aparente o efectiva «La experiencia demuestra que en los países donde se han cometido crímenes internacionales de primer grado, investidos de un alto porcentaje de componente político, o bien se dictan leyes de impunidad (amnistías o indultos) o se aparenta una investigación judicial, llegando, incluso, a alcanzar la cosa juzgada, pero fraudulenta o devaluada, con la única y exclusiva voluntad de perpetuar la impunidad de los autores bajo el pretexto del *non bis in idem*, de cualquier acción judicial externa o supranacional. Tomando como criterio rector el principio *pro actione* y el interés de la justicia no debería jugar esa prioridad cuando se constate que la incoación del procedimiento judicial en el lugar de comisión obedece a una voluntad fraudulenta y contraria a los intereses de la justicia».

2.3.3. CONSECUENCIAS DE LA REFORMA

Con la reforma en marcha, fueron varios los problemas que se plantearon no sólo con respecto a los casos que estaban siendo instruidos en la Audiencia Nacional, sino de cara al futuro y el posible conocimiento de hechos nuevos. Una de las cuestiones más relevantes consistió en determinar si los cambios en la LOPJ se aplicarían a los casos pendientes con carácter retroactivo.

De acuerdo con la doctrina de la irretroactividad de las normas penales, la responsabilidad penal no podía surgir por una conducta delictiva cometida antes de la entrada en vigor de la ley. La posibilidad de aplicar la nueva legislación a los casos pendientes dependía de la naturaleza de la ley que previa la competencia jurisdiccional. Si se consideraba de naturaleza procesal, la norma no planteaba problemas de retroactividad ya que no creaba un nuevo delito, por lo tanto el principio de legalidad no jugaba ningún papel limitante y esta parecía ser la naturaleza que le otorga la jurisprudencia española. En nuestro ordenamiento jurídico los principios de legalidad penal e irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables (art. 25 CE) no han impedido que el modelo de jurisdicción universal haya podido operar respecto de hechos y situaciones ocurridos con anterioridad al desarrollo del Derecho internacional penal. La introducción de nuevos tipos penales no tipificados inicialmente en nuestro derecho positivo a través de la costumbre internacional planteo las dudas sobre una posible vulneración del principio de legalidad y los de tipicidad e irretroactividad.

La Audiencia Nacional consideró en el juicio a Pinochet, que el art. 23.4 LOPJ «no es norma de punición, sino procesal», puesto que «no tipifica o pena ninguna acción u omisión»⁴⁹⁷, señalando a continuación que la LOPJ «se limita a proclamar la jurisdicción de

⁴⁹⁷ Auto de la Audiencia Nacional (España), de 5 de noviembre de 1998. Audiencia Nacional - Sala de lo Penal – Pleno. Rollo de Apelación 173/98 - Sección Primera - Sumario 1/98. Origen: Juzgado Central de Instrucción Nº 6.

España para el enjuiciamiento de delitos definidos y sancionados en otras Leyes», y que «la norma procesal en cuestión ni es sancionadora desfavorable ni es restrictiva de derechos individuales»⁴⁹⁸. En el «Caso Scilingo»⁴⁹⁹ la doctrina procesalista española se planteó si se podían enjuiciar Crímenes contra la Humanidad anteriores bajo el principio de jurisdicción universal previsto en la Ley orgánica del Poder Judicial, sobre todo teniendo en cuenta que a pesar de la entrada en vigor de la Ley orgánica 15/2003, que introducía al nuevo tipo delictivo en el Código penal, no se había modificado lo previsto en el art. 23 LOPJ introduciendo específicamente a este delito dentro del catálogo previsto en dicho precepto, para proceder al enjuiciamiento bajo el principio de justicia universal. Los numerosos obstáculos interpretativos que generó el caso, sobre todo desde la vertiente del debido respeto al principio de legalidad e irretroactividad de la norma penal, permitieron reabrir la discusión sobre si era necesaria una «reinterpretación» del principio de legalidad, para adaptarlos a aquellos delitos sobre los que se ejerce el principio de jurisdicción universal⁵⁰⁰ o si por el contrario, un excesivo celo en impedir la impunidad de los responsables de crímenes tan aberrantes, conllevaría a la conculcación de principios y garantías irrenunciables en un Estado de Derecho.⁵⁰¹

⁴⁹⁸ Auto de la Audiencia Nacional (España), de 5 de noviembre de 1998. Audiencia Nacional – Sala de lo Penal – Pleno. Rollo de Apelación 173/98 - Sección Primera - Sumario 1/98. Origen: Juzgado Central de Instrucción Nº 6; Fundamento de Derecho tercero. En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en el caso Scilingo, STS 798/2007, de 1 de octubre de 2007, que considera las normas que determinan el ámbito de extensión extraterritorial de la jurisdicción española son de orden procesal u orgánico.; cfr. FERNANDEZ PACHEZO ESTRADA, C. «La jurisprudencia española en aplicación del principio de jurisdicción universal. El caso de la represión en Argentina», Jueces para la democracia, Nº 61, 2008, págs. 101-117. Sobre esta polémica V. Ibídem, págs. 214 a 219.

⁴⁹⁹ Se condenó al acusado como autor responsable de un delito de lesa humanidad: 1º con causación de 30 muertes alevosas a 30 penas de 21 años de prisión por cada una de ellas; 2º con también realización de detención ilegal a la pena de 5 años de privación de libertad; 3º con causación de tortura grave igualmente a la pena de 5 años de privación de libertad.- Como accesoria de las anteriores penas la de inhabilitación absoluta durante el tiempo de duración de la condena.- Las anteriores penas fijadas tendrán el límite de cumplimiento previsto en el art. 70.2 del Código Penal, Texto Refundido de 1973, vigente en la época de producción de los hechos.- 3.- Acuerda que para el cumplimiento de las penas privativas de libertad impuestas le sea tenido en cuenta al condenado el tiempo que ha permanecido en prisión preventiva por esta causa y ello siempre que ésta no le haya sido imputada para la extinción de otras responsabilidades. En relación a la existencia de víctimas españolas, constan en la causa, perfectamente identificadas, 610 víctimas de nacionalidad española e hijos y nietos de españoles. Además, constan identificados en la causa 12 niños secuestrados de origen español, 52 niños nacidos en cautiverio de los que el padre y/o la madre eran españoles, y que aún permanecen desaparecidos, y 16 niños secuestrados y/o nacidos en cautiverio, actualmente localizados y/o restituidos, de origen español. Cfr. CAPELLÀ i ROIG, «Los crímenes contra la humanidad en el caso Scilingo», Revista Electrónica de Estudios internacionales, 2005, www.reei.org.

⁵⁰⁰ REMIRO BROTONS, «Los crímenes de Derecho internacional y su persecución judicial», en Derecho Penal Internacional, en Cuadernos de Derecho Judicial, VII, Madrid, 2001, pág. 93.

⁵⁰¹ Siguiendo esta línea argumentativa la Audiencia Nacional destaca que en el momento de producción de los hechos, existían normas consuetudinarias internacionales de aplicabilidad general, y aunque la tipificación de estas conductas basadas en el art. 6 del Estatuto de Nuremberg, y en el Convenio contra el Genocidio de 1958 no le fuera absolutamente aplicable, había suficientes elementos en el ámbito internacional para tener una idea cierta de que tales conductas eran crímenes contra la humanidad e iban no solo contra el derecho

Se ha destacado por la doctrina que el fundamento jurídico principal en el caso Scilingo se basaba en que la Sala estaba aplicando una norma internacional, además de interna, por lo que habría que tener en cuenta tanto la naturaleza de la norma internacional que prohíbe y criminaliza determinadas conductas como crímenes contra la humanidad (de *ius cogens* y con carácter *erga omnes*) como el carácter general de estos crímenes, que permitiría que tengan su propia dinámica formativa, por lo que la entrada en vigor de la norma era la de la norma internacional.⁵⁰² En lo referente a la negación de la posibilidad de aplicación directa de las normas de Derecho Internacional Penal, el Tribunal Supremo señaló que estas normas fundamentalmente consuetudinarias, que se refieren a los delitos contra el núcleo central de los Derechos Humanos esenciales, se originan principalmente ante conductas ejecutadas en tiempo de guerra y también ante la necesidad de protección y reacción contra los actos cometidos contra los ciudadanos del propio país desde el poder estatal, o desde una estructura similar, que consecuentemente encuentran serias dificultades para su persecución. Estas se habrían traducido en descripciones de conductas típicas englobadas dentro de las nociones de crímenes de guerra, crímenes contra la paz (delito de agresión), crímenes contra la Humanidad, y genocidio. Por lo tanto, la naturaleza mixta de los delitos contra la humanidad, convencional y consuetudinaria, al formalizarse en normas escritas añadía un plus de taxatividad y de previsibilidad de la conducta prohibida u ordenada por la norma penal internacional, donde se incide en que el automatismo con el que se asume el principio de legalidad por la mayoría de los ordenamientos vigentes, hace que se recuerden muchas veces sus garantías formales pero que se pasen por alto las materiales vinculadas al propio origen de este principio.

Otros como GIL GIL han criticado la aplicación del principio de justicia universal en el caso Scilingo. GIL GIL, sostuvo que mientras no se modificase dicha Ley solamente serían perseguibles los crímenes de lesa humanidad cuando hubieran sido cometidos en territorio español, o cuando se cometieran en el extranjero pero el autor tuviera nacionalidad española o fuera funcionario público y hubiera actuado en el ejercicio de sus funciones, o la víctima fuera una autoridad o un funcionario español, el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor

interno sino también contra el derecho internacional, pudiendo exigirse responsabilidad penal individual a los autores de tales crímenes. Vid. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de marzo de 2001, en el Caso Streletz, Kessler y Krenz contra Alemania en relación a la Sentencia del Tribunal Supremo alemán (BGH) en el caso de «los disparos del muro de Berlín». Incluso, en relación a la previsión de la pena se destaca que en el Código penal vigente en Argentina en el momento de los hechos, se establecía pena de prisión perpetua para el homicidio agravado, la pena de muerte o reclusión perpetua en el caso de que con el delito de asociación ilegal se causaran muertes o graves lesiones en las personas, por lo que el tribunal estima, que dichas penas tan severas podrían haberle sido impuestas al encausado, teniendo esta cuestión gran importancia desde el punto de vista del principio de legalidad penal.

⁵⁰² CAPELLÀ I ROIG, «Los crímenes contra la humanidad en el caso Scilingo», Revista Electrónica de Estudios internacionales, 2005, www.reei.org.

o el regente.⁵⁰³ Igualmente otro sector doctrinal ha sostenido que siendo el principio de Justicia Universal un instrumento de verdadera excepcionalidad, destacándose que el Asesinato y la Detención ilegal, no alcanzan la categoría de aquellas infracciones que, habrían sido contempladas tanto en los Tratados internacionales como en nuestra propia legislación interna, como justificativas de la intervención extraterritorial con base en el principio consagrado de Jurisdicción Universal, no puede llegarse a otra conclusión que la de afirmar que se encuentra excluida del ámbito y la categoría de los delitos perseguibles con apoyo en ese principio de Jurisdicción Universal.

REMIRO BROTONS destaca que en cuanto a la no retroactividad, está muy extendida la creencia de que el juez estatal no puede perseguir sino los actos posteriores a su tipificación criminal por el Derecho interno o por lo menos a la fecha en la que un Estado manifestó su consentimiento en obligarse por un tratado. Recalca sin embargo que no hay que beneficiar a los criminales con la morosidad de los legisladores estatales, proponiendo a menos que la ley o los tratados disponga otra cosa, que la fecha decisiva para proceder a la persecución y castigo de un crimen internacional no es la de su incorporación a normas internas ni la de su consentimiento en obligarse por tratados tipificadores de crímenes internacionales, sino la de su cristalización en normas generales de Derecho internacional.

Desde los célebres pronunciamientos del pleno de la sala de lo penal de la Audiencia Nacional en los asuntos argentinos y chilenos de octubre de 1998, en nuestro país se considera que la extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales españoles o, lo que es lo mismo, el ámbito espacial de aplicación de la ley penal, es una cuestión de carácter procesal a la que no alcanza la prohibición de irretroactividad de la norma penal ⁵⁰⁴ En el caso Pino-

⁵⁰³ GIL GIL, A. «La Sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo», en Revista Electrónica de Derecho penal y criminología, 07, 2005, pág. 10 ss. En su opinión, la STS de 25 de febrero de 2003, en el caso Guatemala, es rechazable porque introduce principios no previstos en la ley que convierten al principio de justicia universal en otro de personalidad pasiva limitada. En dicha sentencia se imponen una serie de límites como son la conexión con intereses españoles o que el sujeto se halle en territorio español y no se acceda a la extradición solicitada, (justicia supletoria o de Derecho penal de representación). En el caso Scilingo la propia presencia del acusado en territorio español parece ser el único fundamento para la jurisdicción y se olvida el dato de que se debería haber exigido la solicitud de extradición a España del presunto responsable y ésta hubiera sido rechazada.

⁵⁰⁴ «El artículo 23, apartado cuatro, de la Ley Orgánica del Poder Judicial (...) no se aplica retroactivamente cuando la jurisdicción proclamada se ejerce en el tiempo de la vigencia de la norma (...), con independencia de cuál fue el tiempo de los hechos que se enjuician. El citado artículo 23, apartado cuatro, de la Ley Orgánica del Poder Judicial no es norma de punición, sino procesal. No tipifica o pena ninguna acción u omisión y se limita a proclamar la jurisdicción de España para el enjuiciamiento de delitos definidos y sancionados en otras Leyes. *La norma procesal en cuestión ni es sancionadora desfavorable ni es restrictiva de derechos individuales*, por lo que su aplicación a efectos de enjuiciamiento penal de hechos anteriores a su vigencia no contraviene el artículo 9, apartado tres, de la Constitución española (...)). AN, Sala de lo penal (pleno), autos de 4 y 5 de noviembre de 1998 (Sala de lo Penal-Pleno), Fundamentos de Derecho nº 3. REDI, vol. 51 (1999), págs. 639 y ss.

chet, la *House of Lords*, autorizó finalmente la extradición a nuestro país del dictador chileno pero solo para ser juzgado por los hechos cometidos desde el 29 de septiembre de 1998, bajo la premisa de que únicamente desde la incorporación en esa fecha de la Convención contra la Tortura con la *Criminal Justice Act* el Derecho británico reconocía el delito de tortura con la proyección extraterritorial.⁵⁰⁵

Por otro lado, con algunas salvedades, en nuestro ordenamiento los crímenes más graves de trascendencia internacional no ha tenido lugar más que a partir de la década de los noventa⁵⁰⁶ ello no ha impedido la aplicación de la jurisdicción universal a graves atrocidades cometidas con anterioridad, sea en aplicación directa de los tipos penales internacionales, como inicialmente mantuvo la Audiencia Nacional en el asunto *Scilingo*⁵⁰⁷, sea sobre la base de su consideración como delitos comunes de detenciones ilegales y asesinatos cometidos en un contexto de crímenes contra la humanidad apreciados a la luz del Derecho internacional, como en ese mismo asunto acabó haciendo el Tribunal Supremo⁵⁰⁸

Al ser una norma de carácter procesal, no quedaba afectada por la prohibición de no retroactividad y su aplicación a efectos de enjuiciamiento penal de hechos anteriores a su vigencia no vulneraba el artículo 9.3 de la Constitución española⁵⁰⁹. La consecuencia de esta consideración era que la nueva ley se aplicaría a los casos pendientes desde el momento en que entre en vigor, lo que significaba, en definitiva, que todos los casos sin una conexión con España iban a ser sobreseídos.

⁵⁰⁵ Sobre el particular, REMIRO BROTONS, A. «El caso Pinochet. Los límites de la impunidad,» Biblioteca Nueva, Madrid, 1999, págs. 100 y ss.; o ALCAIDE FERNANDEZ, J. / MARQUEZ CARRASCO, M.C. «*In Re Pinochet*», AJIL, vol. 93 (1999), págs. 695-696.

⁵⁰⁶ En particular, los crímenes contra la humanidad no se tipifican en nuestro ordenamiento hasta la LO 15/2003, mientras que los crímenes de guerra, previstos ya en el Código Penal Militar de 1985, no se contemplan para el ámbito no militar más que desde la reforma del Código Penal de 1995. Sobre el particular, PEREZ GONZALEZ, M. / ABAD CASTELOS, M. «Los delitos contra la Comunidad Internacional en el Código Penal Español», en *Anuario da Faculta de Derecho*, n.º 3 (1999), págs. 433 y ss.

⁵⁰⁷ Sobre esta sentencia, CAPELLÀ I ROIG, M. «Los crímenes contra la humanidad en el caso Scilingo», REEI, n.º 10 (2005), *passim*; o GIL GIL, A. «La sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 7 (2005).

⁵⁰⁸ TOMUSCHAT, CH., «Issues of Universal Jurisdiction in the Scilingo Case», JICJ, vol. 3 (2005), págs. 1074 y ss.; o FERNANDEZ PACHECO, C., «La jurisprudencia española en aplicación de la jurisdicción universal. El caso de la represión en Argentina», *Jueces para la Democracia*, n.º 61 (2008), págs. 101 y ss.

⁵⁰⁹ Este principio ya fue alegado por Adolfo Scilingo en el Incidente de Nulidad de actuaciones presentado el 3 de mayo de 2010, contra la sentencia dictada por ese mismo Pleno de la Excm. Sala Segunda del Tribunal Supremo nº 798/ 07 (recurso de casación que se formalizó contra la Sentencia, de fecha 19 de abril de 2005, dictada por la Ilma. Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que juzgó y condenó constante la vigencia de las "Leyes de Obediencia debida y Punto Final", a semejanza de la "Ley de Amnistía" nuestra.

La Ley 23.456 de Punto Final fue el 24 de diciembre de 1986 y la de Obediencia Debida en 1987.

OLLE SESE sin embargo sostuvo que «en las causas incoadas ante la Audiencia Nacional y con independencia de que en casi todas concurre alguno de los vínculos y de la ausencia de disposiciones transitorias en el texto legal es sencilla: las leyes procesales penales siguen el principio *tempus regit actum* y, por tanto, carecen de efectos retroactivos. Lo contrario sería legalizar una situación de ausencia de jurisdicción sobrevenida»⁵¹⁰

No obstante, tras la reforma, los asuntos pendientes en la Audiencia Nacional empezaron a ser sobreseídos. Como consecuencia de esta reforma y en aplicación retroactiva de esta norma procesal, se llevó a cabo el archivo del llamado «asunto Tibet» y en el Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 27 de octubre de 2010 por el que desestima un recurso de apelación de la acusación particular contra el Auto dictado por el Juzgado Central de Instrucción nº 1 de fecha 26 de febrero de 2010 que acuerda el archivo, establece el nuevo criterio interpretativo tras la reforma basándose en la idea de que no existe ninguna norma convencional que obligue a mantener un principio de justicia universal sin límites como el existente antes de la última reforma.

La Sala parte de la existencia de indicios serios de la comisión de un delito de genocidio en el Tíbet (a pesar de que el Auto del Juzgado Central de Instrucción nº 1 de 26 de febrero de 2010 afirmara que «la presente causa no versa sobre un delito de genocidio») y del «convencimiento de que ni las autoridades del territorio ni la Corte Penal Internacional van a perseguir adecuadamente dicho genocidio». Sin embargo, la Sala entendió que la legislación penal española no contempla la competencia jurisdiccional con respecto a los hechos sucedidos en el Tíbet porque interpreta que con la última reforma del art. 23.4 LOPJ mediante la LO 1/2009 que el legislador español ha variado su política legislativa en materia de jurisdicción universal, aportando para dicha conclusión las siguientes ideas fundamentales:

1. *«Reduciendo el principio sobre la asunción absoluta de la jurisdicción universal de la anterior redacción, ha establecido límites a la jurisdicción penal española», «de manera que no se trataría de una jurisdicción ilimitada, sino concretada por esos límites que ha fijado el legislador que, en definitiva, suponen introducir el principio de subsidiariedad». Se ha producido «un cambio en el ámbito de actuación de su normativa penal extra nacional anteriormente ilimitada a otra más reducida y acorde al principio de subsidiariedad».*

2. *«Se ha decantado por la incorporación al texto del indicado artículo de importantes limitaciones que consagran, en definitiva, la necesidad de una cierta vinculación o conexión con intereses españoles que se concretan en la concurrencia de alguno de los requisitos siguientes: a) que los presuntos responsables se encuentren en España; b) que haya víctimas españolas o con algún vínculo relevante con España y además, c) que no se haya iniciado en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional un procedimiento que suponga una investigación y persecución efectiva de los hechos punibles».*

⁵¹⁰ OLLE SESE, M. «El principio de justicia universal en España: del caso Pinochet a la situación actual» Ponencia, 2009, págs. 31 a 32.

3. *«Tal cambio de legislación no anula ni contradice las obligaciones asumidas en los tratados y convenios ya suscritos, simplemente supeditan la aplicación del derecho penal español a los crímenes en ella descritos a la concurrencia del cumplimiento de los nuevos requisitos de la jurisdicción penal española en materia de jurisdicción universal».*

Lejos quedaba el deseo de la profesora CAPELLÀ I ROIG, «el debate en torno a la necesidad de poner un nombre a las atrocidades ⁵¹¹ que se cometen y de construir un mundo más justo donde ya no se toleren más crímenes contra la humanidad, porque éstos tienen nombre y apellidos, no sólo de las víctimas, sino también de sus responsables».

A mi juicio, esta reforma encubierta y torticera, no solo obviaba los principios generales de Derecho internacional ya que los tratados, especialmente los cuatro Convenios de Ginebra de 1959, imponen expresamente la obligación a todos los estados de perseguir a los responsables de crímenes de guerra independientemente de su nacionalidad y del lugar donde se haya cometido el delito, sino que supuso un menosprecio a la doctrina del Tribunal Constitucional lo que desde una perspectiva estrictamente jurídica supone una verdadera situación de inseguridad jurídica. Sin entrar a valorar si la reforma era o no necesaria, lo cierto es que los métodos y formas empleadas y los criterios acogidos supusieron a mi entender cuanto menos un acto de «deslealtad constitucional» poniendo una vez más de manifiesto que sólo los intereses económicos y políticos son los tenidos en cuenta a la hora de legislar. Este principio que nació con el objetivo de reprimir conductas tiránicas y despóticas había sido abolido por razón de conflictos diplomáticos, por motivos meramente políticos, a la vista de los conflictos diplomáticos creados. No resultaba económicamente rentable que España se convirtiera en referente mundial, desde 1996, en la aplicación del principio de justicia universal siendo centro del debate doctrinal y jurisprudencial. No fue posible desvincular el principio de justicia universal del marco político creado en torno al mismo y fue posible obviar que fueron razones políticas y no jurídicas las que motivaron la reforma, y que los intereses nacionales y la relación con otras potencias habían ganado la batalla frente a los derechos humanos.

Si en la línea que ya apuntamos, y como el mismo el Tribunal Constitucional destacó, la inclusión de requisitos como que los presuntos responsables del crimen en cuestión se encuentren en España, o que existan víctimas de nacionalidad españolas, o que deba constarse algún vínculo de conexión relevante con España, suponían limitaciones y/o exigencias contrarias al principio de jurisdicción universal, desde el marco que establecía el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 Constitución, de ningún modo podíamos estar asistiendo a una propuesta de «ajuste» o «retoque» en la regulación de este principio, sino a su radical sustitución por algo muy diferente.

⁵¹¹ CAPELLÀ I ROIG, M. «La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad, «Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 390.

2.4. LA LEY ORGANICA 1/2014, DE 13 DE MARZO DE MODIFICACION DE LA LEY ORGANICA 6/1985 DE 1 DE JULIO DEL PODER JUDICIAL RELATIVA A LA JUSTICIA UNIVERSAL

2.4.1. ANTECEDENTES

La reforma del art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) aprobada por L.O. 1/2009, limitó sustancialmente el ejercicio de la jurisdicción universal en España en materia de persecución de delitos internacionales, condicionando tal ejercicio jurisdiccional a la presencia en España de los responsables de los delitos perseguidos, a la existencia de víctimas españolas causadas en el extranjero a consecuencia de la ejecución de estos delitos, o bien a la existencia de un interés relevante para España, formulación imprecisa y subjetiva cuya concurrencia quedaba al criterio interpretativo del juez instructor y en su caso de la jurisprudencia. Se introdujo un criterio general de competencia basado en el principio de personalidad pasiva, la nacionalidad de la víctima, de forma que la justicia española limitaba el ejercicio de la jurisdicción universal no en atención a la situación de impunidad efectiva -aplicación de los criterios de subsidiariedad o de concurrencia jurisdiccional- en la que se encontraran hechos con apariencia de crímenes internacionales (delitos de guerra, genocidio, lesa humanidad, piratería, tráfico de personas...) cometidos fuera de España, sino atendiendo únicamente a que existieran víctimas españolas.

Un paso adelante en el esfuerzo de los diferentes gobiernos españoles de extinguir totalmente del principio de justicia universal lo constituye la última reforma llevada a cabo por la LO 1/2014.

Resulta llamativa la Exposición de Motivos de la citada norma y el fundamento de la reforma llevada a cabo.⁵¹² A diferencia de la reforma llevada a cabo en el 2009, en esta se

⁵¹² Señala la Exposición de Motivos que «Con la modificación del artículo 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial operada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, se produjo un cambio en la regulación y planteamiento de la llamada justicia universal. En el planteamiento de dicha reforma latía la idea de perfilar la competencia de la jurisdicción española, ampliando por un lado los delitos que, habiéndose cometido fuera del territorio nacional, e independientemente de la nacionalidad de su autor son susceptibles de ser investigados por la jurisdicción española y por otro lado, definiendo las condiciones que debían darse para que la justicia española fuera competente, adaptando la justicia universal al principio de subsidiariedad y a la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo. Han pasado cuatro años desde que la mencionada reforma entrara en vigor y la realidad ha demostrado que hoy en día la jurisdicción universal no puede concebirse sino desde los límites y exigencias propias del Derecho Internacional. La extensión de la jurisdicción nacional fuera de las propias fronteras, adentrándose en el ámbito de la soberanía de otro estado, debe quedar circunscrita a los ámbitos que, previstos por el Derecho Internacional, deban ser asumidos por España en cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos: la extensión de la jurisdicción española más allá de los límites territoriales españoles debe venir

expresa de una forma más explícita el deseo del legislador de dar terminación con el incomodo principio de justicia universal, introduciendo nuevos requisitos que conlleven necesariamente al archivo de las causas que hasta la fecha se mantenían abiertas con gran esfuerzo jurídico.

La nueva ley introduce medidas restrictivas en relación con el modelo hasta ahora vigente. En primer lugar, se reducen extraordinariamente los vínculos relevantes de conexión de obligada concurrencia para el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial de nuestros tribunales lo que se traduce en que, cuando no sean cometidos en nuestro país, la competencia de los tribunales españoles queda limitada a dos supuestos. De una parte, a los casos reconducibles al principio de personalidad activa, interpretado eso sí, en lo que respecta a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto –genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, pero no así, respecto de la tortura

legitimada y justificada por la existencia de un tratado internacional que lo prevea o autorice, el consenso de la comunidad internacional. Al tiempo, la regulación de la materia debe ajustarse a los compromisos derivados de la ratificación por España el 19 de octubre de 2000 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, como instrumento esencial en la lucha por un orden internacional más justo basado en la protección de los derechos humanos. En esa misma línea de dar cumplimiento a las obligaciones impuestas por los Tratados internacionales que España ha ratificado, se hace necesario ampliar la lista de delitos que, cometidos fuera del territorio nacional, son susceptibles de ser perseguidos por la jurisdicción española. Tal es el caso, por ejemplo, de los delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, en la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, los delitos de corrupción de agente público extranjero previstos en el Convenio de la OCDE, delitos cuyas previsiones se incorporaron al Código Penal, si bien quedaba pendiente la definición de los aspectos de jurisdicción que ahora se incorporan en la presente Ley. Ese es el sentido que inspira la reforma que ahora se lleva a cabo, delimitar con claridad, con plena aplicación del principio de legalidad y reforzando la seguridad jurídica, los supuestos en que la jurisdicción española puede investigar y conocer de delitos cometidos fuera del territorio en que España ejerce su soberanía. Con esta finalidad, se precisan los límites positivos y negativos de la posible extensión de la jurisdicción española: es necesario que el legislador determine, de un modo ajustado al tenor de los tratados internacionales, qué delitos cometidos en el extranjero pueden ser perseguidos por la justicia española y en qué casos y condiciones. La persecución de delitos cometidos fuera de España tiene además un carácter excepcional que justifica que la apertura de los procedimientos deba condicionarse a la presentación de querrela por el Ministerio Fiscal o la persona agraviada por el delito. También se delimita con carácter negativo la competencia de los tribunales españoles, definiendo con claridad el principio de subsidiariedad. En ese sentido, se excluye la competencia de los tribunales españoles cuando ya se hubiese iniciado un procedimiento en un Tribunal Internacional o por la jurisdicción del país en que hubieran sido cometidos o de nacionalidad de la persona a la que se impute su comisión, en estos dos últimos casos siempre que la persona a que se imputen los hechos no se encuentre en España o, estando en España vaya a ser extraditado a otro país o transferido a un Tribunal Internacional, en los términos y condiciones que se establecen. En todo caso, los jueces y tribunales españoles se reservan la posibilidad de continuar ejerciendo su jurisdicción si el estado que la ejerce no está dispuesto a llevar a cabo la investigación o no puede realmente hacerlo. La valoración de estas circunstancias, que por su relevancia corresponderá a la Sala 2.^a del Tribunal Supremo, se llevará a cabo conforme a los criterios recogidos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. La regulación introduce límites a la jurisdicción española que deben ser aplicados a las causas actualmente en trámite, pues los Tribunales españoles no pueden continuar procedimientos sobre los que ya carezcan de jurisdicción».

y la desaparición forzada- de tal forma que la competencia quede reconocida no sólo cuando el procedimiento se dirige contra nacionales españoles, sino también contra extranjeros con residencia habitual en España. De otra parte, a los casos en que el presunto responsable se encuentre en España siempre que, además, su extradición sea denegada y sólo en relación con tortura y desaparición forzada ⁵¹³ la víctima fuera española en el momento de la comisión del delito.

En segundo lugar se lleva a cabo una reformulación del principio de subsidiariedad. El nuevo apartado 5º del artículo 23, además de precisar cuáles son los estados que deben considerarse a estos efectos –el del *iudex loci delicti commissi* y el de la nacionalidad del sospechoso-, de concretar lo que ha de entenderse por investigación y enjuiciamiento eficaz mediante una transcripción casi literal del art. 17.2 ECPI, y de precisar de una manera un tanto obtusa que la subsidiariedad no impide el ejercicio de la jurisdicción española cuando el sospechoso no puede ser extraditado, lo realmente relevante de la reforma es que con ella se impide al juez competente en fase de instrucción el valorar la concurrencia de este requisito al quedar convertida en una cuestión prejudicial devolutiva cuya valoración se reserva con carácter exclusivo la Sala 2ª del Tribunal Supremo, «a la que elevará exposición razonada el Juez o Tribunal»⁵¹⁴

El tercer aspecto es la supresión de la acción popular. Tras la reforma se extiende a la jurisdicción extraterritorial contemplada en el 23.4 la misma limitación que ya existía en relación con la competencia de los tribunales españoles sobre la base del principio de personalidad activa contemplada en el apartado 2º de ese precepto. De acuerdo con la citada limitación, para el ejercicio de la jurisdicción con base en esos títulos resulta necesario «que el agraviado o el Ministerio Fiscal interpongan querrela ante los Tribunales españoles». Queda así excluida la posibilidad, en modo alguno excepcional en la práctica precedente, de que la

⁵¹³ Aun cuando la competencia de los tribunales españoles sobre la base del principio *aut iudicare aut dedere* no se contempla expresamente en relación con la tortura y la desaparición forzada, debe entenderse incluida en la cláusula residual del subapartado p), en cuya virtud la jurisdicción de los tribunales españoles se reconoce cuando su ejercicio venga impuesto por un tratado internacional o una resolución de una organización internacional, o cuando el sospechoso se encontrara en España, su extradición hubiera sido denegada y su persecución venga impuesta por un tratado vigente. Tanto el Convenio contra la tortura de 1984 (art. 5.2), como la Convención sobre desaparición forzada de personas de 2006 (art. 9.2), establecen la obligación de prever la jurisdicción, además de en los casos cubiertos por los principios de territorialidad y personalidad activa, cuando el sospechoso se encuentre en el territorio de un estado parte y éste no conceda la extradición. Sobre la interpretación realizada por la Corte Internacional de Justicia de dicha cláusula, muy relevante para la valoración de la compatibilidad de la nueva regulación con el Derecho Internacional.

⁵¹⁴ Precisamente por ello, junto al artículo 23 LOPJ se modifica también el artículo 57.1 del citado texto legal relativo a las competencias del Tribunal Supremo, añadiendo un nuevo apartado para contemplar su jurisdicción sobre «los demás asuntos que le atribuya esta Ley».

acción sea ejercida en estos supuestos por asociaciones de víctimas o de derechos humanos, o por partidos políticos u organizaciones sindicales.⁵¹⁵

Por último como excepción a los veinte días de *vacatio legis* contemplados con carácter general en el art. 2.1 del Código Civil, la LO 1/2014 disponía su entrada en vigor con carácter casi inmediato, en concreto, al día siguiente de su publicación en el BOE⁵¹⁶ y ello expresa la voluntad de dar carpetazo, también inmediato, a todos los asuntos pendientes que no se sitúen dentro de los reducidos parámetros de la ley.⁵¹⁷

El diputado Gaspar Llamazares en el debate abiertamente sobre este punto censurará que, «por si hubiera pocos mecanismos de cierre, el Gobierno establece que quien solamente puede denunciar es la víctima o la Fiscalía. Es muy improbable que sea la víctima porque en la mayor parte de los casos ya no está y la Fiscalía no va a actuar contra sus propios actos; la Fiscalía va a seguir la orientación del Gobierno y va a intentar molestar lo menos posible a otros estados, sobre todo a estados imperiales cuando la política del Gobierno es una política de colonia, que es la que estamos viendo con respecto a la jurisdicción penal internacional».⁵¹⁸

2.4.2. ANALISIS DE LA REFORMA

A continuación se analizan los requisitos establecidos en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se modifica en los siguientes términos:

1. Se modifican los apartados 2, 4 y 5 del artículo 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y se introduce un nuevo apartado 6 en dicho artículo 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, quedando todos ellos redactados de la siguiente manera:

⁵¹⁵ Para un muy lúcido y crítico comentario GIMBERNAT ORDEIG, E. «Cerca de la acción popular», *El Mundo*, 8-I-2008. A la luz tanto del borrador de código procesal penal (véase BERNABEU, A. *La legitimación popular de la Justicia. Salvar la acusación popular*, Rights International Spain, Debates Jurídicos, nº 1, Febrero 2014) como del proyecto de ley justicia gratuita («Las ONG ambientales denuncian la marginación de la Ley de Justicia gratuita, que deja al medio ambiente "sin defensa", *Europa Press*, 17.III.2014) parece difícil cuestionar la aproximación claramente restrictiva del actual gobierno español respecto de la citada institución constitucional de participación de los ciudadanos en la administración de justicia (art. 125 CE). Para un análisis de la institución desde nuestra perspectiva constitucional, de innegable utilidad también para valorar el encaje de este aspecto de la reforma de la LOPJ en nuestra Carta Magna, véase PEREZ GIL, A. *La acusación popular*, Comares, Granada, 1998, págs. 267 y ss.

⁵¹⁶ Disposición final única.

⁵¹⁷ Según la disposición transitoria única, «(l)as causas que en el momento de entrada en vigor de esta ley se encuentren en tramitación por los delitos a los que se hace referencia en la misma quedarán sobreseídas hasta que no se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en ella».

⁵¹⁸ Cortes Generales, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, número 18, 27 de febrero de 2014, *op. cit.* pág. 10.

«2. También conocerá la jurisdicción española de los delitos que hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieran adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurrieren los siguientes requisitos:

a) Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados siguientes.

b) Que el agraviado o el Ministerio Fiscal interpongan querrela ante los Tribunales españoles.

c) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.»

«4. Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas:

a) Genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, siempre que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas.

b) Delitos de tortura y contra la integridad moral de los artículos 174 a 177 del Código Penal, cuando:

1. ° el procedimiento se dirija contra un español; o,

2. ° la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos y la persona a la que se impute la comisión del delito se encuentre en territorio español.

c) Delitos de desaparición forzada incluidos en la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, hecha en Nueva York el 20 de diciembre de 2006, cuando:

1. ° el procedimiento se dirija contra un español; o,

2. ° la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos y la persona a la que se impute la comisión del delito se encuentre en territorio español.

d) Delitos de piratería, terrorismo, tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, trata de seres humanos, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y delitos contra la seguridad de la navegación marítima que se cometan en los espacios marinos, en los supuestos previstos en los tratados ratificados por España o en actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea parte.

e) Terrorismo, siempre que concurra alguno de los siguientes supuestos:

- 1. ° el procedimiento se dirija contra un español;*
- 2. ° el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente en España;*
- 3. ° el delito se haya cometido por cuenta de una persona jurídica con domicilio en España;*
- 4. ° la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos;*
- 5. ° el delito haya sido cometido para influir o condicionar de un modo ilícito la actuación de cualquier Autoridad española;*
- 6. ° el delito haya sido cometido contra una institución u organismo de la Unión Europea que tenga su sede en España;*
- 7. ° el delito haya sido cometido contra un buque o aeronave con pabellón español; o,*
- 8. ° el delito se haya cometido contra instalaciones oficiales españolas, incluyendo sus embajadas y consulados.*

A estos efectos, se entiende por instalación oficial española cualquier instalación permanente o temporal en la que desarrollen sus funciones públicas autoridades o funcionarios públicos españoles.

f) Los delitos contenidos en el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, hecho en La Haya el 16 de diciembre de 1970, siempre que:

- 1. ° el delito haya sido cometido por un ciudadano español; o,*
- 2. ° el delito se haya cometido contra una aeronave que navegue bajo pabellón español.*

g) Los delitos contenidos en el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, hecho en Montreal el 23 de septiembre de 1971, y en su Protocolo complementario hecho en Montreal el 24 de febrero de 1988, en los supuestos autorizados por el mismo.

h) Los delitos contenidos en el Convenio sobre la protección física de materiales nucleares hecho en Viena y Nueva York el 3 de marzo de 1980, siempre que el delito se haya cometido por un ciudadano español.

i) Tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, siempre que:

- 1. ° el procedimiento se dirija contra un español; o,*
- 2. ° cuando se trate de la realización de actos de ejecución de uno de estos delitos o de constitución de un grupo u organización criminal con miras a su comisión en territorio español.*

j) Delitos de constitución, financiación o integración en grupo u organización criminal o delitos cometidos en el seno de los mismos, siempre que se trate de grupos u organizaciones que actúen con miras a la comisión en España de un delito que esté castigado con una pena máxima igual o superior a tres años de prisión.

k) Delitos contra la libertad e indemnidad sexual cometidos sobre víctimas menores de edad, siempre que:

1.º el procedimiento se dirija contra un español;

2.º el procedimiento se dirija contra ciudadano extranjero que resida habitualmente en España;

3.º el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España; o,

4.º el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España.

l) Delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 11 de mayo de 2011 sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, siempre que:

1.º el procedimiento se dirija contra un español;

2.º el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente en España; o,

3.º el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España, siempre que la persona a la que se impute la comisión del hecho delictivo se encuentre en España.

m) Trata de seres humanos, siempre que:

1.º el procedimiento se dirija contra un español;

2.º el procedimiento se dirija contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España;

3.º el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España; o,

4.º el delito se hubiera cometido contra una víctima que, en el momento de comisión de los hechos, tuviera nacionalidad española o residencia habitual en España, siempre que la persona a la que se impute la comisión del hecho delictivo se encuentre en España.

n) Delitos de corrupción entre particulares o en las transacciones económicas internacionales, siempre que:

1.º el procedimiento se dirija contra un español;

2.º el procedimiento se dirija contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España;

3.º el delito hubiera sido cometido por el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que tenga su sede o domicilio social en España; o,

4.º el delito hubiera sido cometido por una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España.

o) Delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 28 de octubre de 2011, sobre falsificación de productos médicos y delitos que supongan una amenaza para la salud pública, cuando:

1.º el procedimiento se dirija contra un español;

2.º el procedimiento se dirija contra un extranjero que resida habitualmente en España;

3.º el procedimiento se dirija contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España;

4.º la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos; o,

5.º el delito se haya cometido contra una persona que tuviera residencia habitual en España en el momento de comisión de los hechos.

p) Cualquier otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un Tratado vigente para España o por otros actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos.

Asimismo, la jurisdicción española será también competente para conocer de los delitos anteriores cometidos fuera del territorio nacional por ciudadanos extranjeros que se encontraran en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas, siempre que así lo imponga un Tratado vigente para España.»

«5. Los delitos a los que se refiere el apartado anterior no serán perseguibles en España en los siguientes supuestos:

a) Cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en un Tribunal Internacional constituido conforme a los Tratados y Convenios en que España fuera parte.

b) Cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en el estado del lugar en que se hubieran cometido los hechos o en el estado de nacionalidad de la persona a que se impute su comisión, siempre que:

1.º la persona a la que se impute la comisión del hecho no se encontrara en territorio español; o,

2.º se hubiera iniciado un procedimiento para su extradición al país del lugar en que se hubieran cometido los hechos o de cuya nacionalidad fueran las víctimas, o para ponerlo a disposición de un Tribunal Internacional para que fuera juzgado por los mismos, salvo que la extradición no fuera autorizada.

Lo dispuesto en este apartado b) no será de aplicación cuando el estado que ejerza su jurisdicción no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o no pueda realmente hacerlo, y así se valore por la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, a la que elevará exposición razonada el Juez o Tribunal.

A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, se examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el Derecho Internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso:

a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal.

b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia.

A fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, se examinará si el estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio.»

«6. Los delitos a los que se refieren los apartados 3 y 4 solamente serán perseguibles en España previa interposición de querella por el agraviado o por el Ministerio Fiscal.»

2. Se introduce un número 4.º en el apartado 1 del artículo 57 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, con la siguiente redacción:

«4.º De los demás asuntos que le atribuya esta Ley.»

La reforma modifica en profundidad el apartado 4 del artículo 23 de la LOPJ, destacándose lo siguientes aspectos en la reforma:

- 1.º Se exige la nacionalidad española de víctimas y residencia en España, salvo en el caso del terrorismo, que es ilimitada.⁵¹⁹
- 2.º Se introduce como requisito de admisibilidad para cualquier acción penal que previamente se haya formulado querrela por el Ministerio Fiscal o por la persona agraviada, eliminándose así la posibilidad de que una acusación popular inicie las actuaciones mediante denuncia o querrela, vía habitual de inicio de este tipo de procedimientos, a la vista de la dificultad que en muchos casos entraña encontrar y traer a España a víctimas de delitos internacionales ocurridos fuera de España.
- 3.º Se aumenta la lista de delitos internacionales susceptibles de ser perseguidos por la justicia española fuera de nuestras fronteras, pero se limita al criterio de nacionalidad de la víctima.⁵²⁰

Se mantienen como perseguibles los tipos penales de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra, terrorismo, piratería y secuestro de aeronaves, tráfico de drogas y trata de personas y se introducen expresamente delitos de tráfico de materiales nucleares, tortura y contra la integridad moral, delitos sexuales contra menores, delitos de violencia contra la mujer y doméstica, delitos contra corrupción entre particulares o en las transacciones económicas internacionales y delitos de desaparición forzosa incluidos en la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzosas, hecho en Nueva York el 20 diciembre de 2006, no incluidos hasta ahora expresamente en

⁵¹⁹ Si bien en una primera aproximación pudiera pensarse que el nuevo precepto es redundante respecto del criterio de atribución de competencia basado en el principio de personalidad activa contemplado en el art. 23.2, hay dos aspectos que desmienten esa primera impresión. En primer lugar, como se señala en el texto, es no solo la nacionalidad, sino también la residencia habitual en España el elemento que se toma en consideración en el nuevo 23.4. Y en segundo lugar, y sobre todo, en este último precepto no se exige que los hechos sean delictivos según la *lex loci delicti commissi*, algo perfectamente posible cuando hablamos de crímenes cometidos desde las estructuras de poder estatal. Precisamente por esto último, se trata de un criterio de conexión respecto del que hay motivos sobrados para suponer que será de muy excepcional aplicación. De hecho, el caso Vielman (con doble nacionalidad española y guatemalteca, adquirida la primera después de los hechos investigados) podría ser, salvo error, el único asunto examinado hasta la fecha por la Audiencia Nacional en aplicación del principio de jurisdicción universal respecto de los crímenes de los que estamos hablando dirigido contra un ciudadano de nacionalidad española. Obviamente, sí habría sido el caso si finalmente el J.C.I. nº 5 primero y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional hubieran reconocido su competencia para el enjuiciamiento de los crímenes del franquismo. Pero, obviamente también, en tal caso no estaríamos hablando de principio de universalidad, sino de territorialidad.

⁵²⁰ No obstante estos delitos incorporados ya eran perseguirlos por la justicia española fuera de nuestras fronteras en aplicación del anterior apartado h) del art., 23.4 de la LOPJ, al tratarse todos los incorporados expresamente de delitos « (...) que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deba(n) ser perseguido(s) en España».

el código penal, a salvo del tipo de detención ilegal o secuestro y la mención hecha en el apartado 6º del artículo 607 bis, relativo a crímenes de lesa humanidad

- 4.º La persecución de estos delitos se limita. Así los crímenes de genocidio, lesa humanidad o crímenes de guerra se condiciona exclusivamente a que el responsable sea español o extranjero que resida en España, en este último caso exigiéndose además que haya sido denegada una petición de extradición ⁵²¹por

⁵²¹ La asistencia jurídica y la extradición, son las instituciones por excelencia de la cooperación internacional. La asistencia jurídica mutua tiene por objeto el servir como auxilio a las autoridades investigadoras o juzgadoras en la obtención de todo tipo de pruebas en territorio extranjero mientras que la extradición tiende a auxiliar en la localización, detención y ulterior entrega de fugitivos al estado que los investiga o juzga. El funcionamiento del sistema penal internacional también se encuentra auxiliado por organizaciones internacionales tales como Naciones Unidas y la *International Criminal Police Organization* (INTERPOL), y organizaciones regionales tales como la Organización de estados Americanos (OEA). Aunque la participación de estas organizaciones internacionales sirve como apoyo al sistema penal internacional, su participación sigue jugando un papel fundamental. Por un lado, Naciones Unidas además de codificar normas del derecho penal internacional a través de la Comisión de Derecho Internacional o imponer medidas más generales a través del Consejo de Seguridad, cuenta con la Oficina para el Crimen y Drogas - *United Nations Crime and Drugs Office*. Esta oficina, desde un punto de vista más práctico, otorga un gran soporte a las autoridades nacionales encargadas de la cooperación internacional. A través de la difusión de leyes modelos o instrumentos jurídicos busca facilitar el entendimiento y la agilización de los mecanismos de cooperación internacional existentes para abatir la delincuencia transnacional. Por el otro lado, INTERPOL es una organización dedicada a facilitar la cooperación policiaca a nivel internacional. Esta organización otorga a los diferentes estados acceso a sus bases de datos, mismas que compilan información sobre temas diversos como: datos sobre probables terroristas, antecedentes generales de delincuentes, huellas digitales, códigos genéticos o DNA, documentos perdidos de viajero, imágenes relacionadas a abusos sexuales infantiles, piezas de arte robadas y vehículos robados, entre otros. Mediante la emisión de difusiones o como comúnmente se les conoce "alertas" (rojas, azules, verdes, amarillas, negras y naranjas) facilita la localización de fugitivos y personas desaparecidas. También sirve para facilitar la obtención de datos para la identificación de una persona o un cadáver en el marco de un asunto penal, así como para emitir alertas sobre delincuentes reincidentes y para alertar sobre riesgos potenciales de armas u otros objetos peligrosos. Uno de los principios que en la actualidad componen el sistema penal internacional es el de *aut dedere aut judicare*, mecanismo complementario a la figura de la extradición. Si bien es cierto que dentro del Derecho Internacional no existe obligación alguna de extraditar en ausencia de un tratado, la costumbre internacional, requiere a los estados extraditar o juzgar –en latín *aut dedere aut judicare*– aquellas personas responsables de crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y terrorismo. Recientemente se ha expandido el alcance de este principio mediante su inclusión en varias convenciones a crímenes tales como el narcotráfico, delincuencia organizada, y la corrupción. Basado en un alto nivel de confianza entre los estados, el mecanismo tiene como respaldo el respeto de cada corte a los principios de libertad, democracia, estado de derecho, derechos humanos y libertades fundamentales. La etimología de la palabra extradición tiene su antecedente en la palabra traditio, es decir en la entrega de la cosa o tradición, que es sin duda la esencia de esta institución, para que una vez localizado el fugitivo y capturado por el país donde se encuentra sea entregado al país o estado que lo solicita con el fin de que pueda ser juzgado, y, en su caso, condenado. Ello implica la necesidad de acudir a un procedimiento judicial para obtener el traslado al estado o país donde presuntamente se ha cometido un delito y evitar con ello que no quede impune. Esta Institución tiene su base en la seguridad jurídica y requiere de un auxilio que se prestan los estados a través de la Cooperación Internacional, garantizando de esta forma que el delito no quede impune y no se impida la aplicación de las Leyes. Requiere como decíamos un procedimiento judicial en el que los Tribunales producen a la entrega de un presunto delincuente reclamado por los Tribunales de otro estado. La extradición es una institución de cooperación jurídica internacional que genera una serie de problemas prácticos y de principios inspiradores con soluciones, a veces diversas y que requieren una constante revi-

las autoridades españolas. Se elimina así cualquier posibilidad de perseguir a un extranjero que se encuentre en España respecto del cual no se haya pedido ninguna extradición. La persecución de los delitos de tortura se condiciona al

sión con decisiones a cargo de las más altas instancias y que en España se centran en la Audiencia Nacional, en el Tribunal Supremo y finalmente en el Tribunal Constitucional.

Esta cooperación jurídica internacional entre los estados miembros se basa fundamentalmente en el principio de reciprocidad y en los tratados internacionales, utilizando para su aplicación no solo las normas de derecho internacional sino también las de derecho interno, incluso las emanadas del Derecho Penal Internacional. Los antecedentes históricos mas próximos se encuentran en la Carta de las Naciones Unidas firmada en la ciudad de San Francisco el día 26 de Junio de 1945, y en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establecida por la Carta de las Naciones Unidas como órgano judicial principal de las Naciones Unidas, que con independencia de su composición, elegida por la Asamblea General y el Consejo de Seguridad, tiene como principal función dirimir los litigios que las partes le someten y que se centran en la interpretación de un tratado y cualquier cuestión de Derecho Internacional, emitiendo las declaraciones incondicionadamente o bajo condición de reciprocidad.

Los convenios y los tratados internacionales y el principio de reciprocidad se constituyen en elementos básicos e imprescindibles para que pueda aplicarse la institución de la traditio, es decir la entrega de un presunto delincuente que necesita una Orden de Detención previamente y que en Europa tiene sus antecedentes en el seno del Consejo de Europa y en los convenios, comenzando por el de Extradición de 13 de diciembre de 1957 y seguido de los Convenios de Asistencia Judicial en materia penal, de 20 de abril de 1959, y su Protocolo Adicional de 17 de Mayo de 1978 y el de Traslado de Persona Condenadas, de 21 de Marzo de 1983. En España La Ley 4/1985, de 21 de Marzo de Extradición Pasiva que sustituyó a la Ley de 26 de diciembre de 1958, en su Preámbulo hace referencia al procedimiento que ha de seguirse para su concesión, amén de las razones que determinaron la reforma de la anterior tanto en su aspecto interno como internacional, destacando la entrada en vigor de la Constitución Española y la ratificación por España de varios Convenios Europeos sobre la materia, como el de la Represión del Terrorismo, el 9 de mayo de 1980, el de Asistencia Judicial en Materia Penal en 14 de julio de 1982, y, especialmente el de Extradición de 21 de abril de 1982. Destaca esta Ley el concepto de la Extradición como acto de soberanía en relación con otros estados, siendo función del Poder Ejecutivo, bajo el imperio de la Constitución y de la Ley, sin perjuicio de la intervención del Ministerio Fiscal y de los Tribunales, competentes en los aspectos técnico penal y procesal. Respecto de los hechos que pueden dar lugar a la extradición se sigue el sistema de identidad normativa o doble incriminación junto al de apertura en los tipos, bastando que la infracción esté tipificada en la legislación de ambos países, fijando un límite mínimo a la gravedad del hecho, determinada por la pena aplicable -un año- o aplicada en sentencia condenatoria -cuatro meses-. (Convenio Europeo. Medidas de Seguridad Privativas de Seguridad). Como excepciones a la extradición se mantiene la de los nacionales, supuestos de competencia de nuestros Tribunales, Delitos Militares, de Prensa, Privados con algunas limitaciones, etc. La falta de tratado vinculante permite a España conceder la extradición a la vista de las circunstancias concurrentes y la facultad del Gobierno de no proceder a la extradición, aún habiéndola considerado procedente el Tribunal en base al principio de reciprocidad, soberanía, seguridad, orden público y demás intereses de España (sistema francés e italiano). Se mantienen las dos fases del Procedimiento Extradicional, incluido los trámites para casos de urgencia, debidamente acomodados a las facultades judiciales para acordar la prisión preventiva, admitiéndose el recurso de súplica y el de reforma.

Otras adaptaciones afectan especialmente a la extradición en tránsito que, ha sido objeto de reserva por parte de España al ratificar el Convenio Europeo de Extradición. Como novedad se cita el procedimiento consignado para la ampliación de extradición como complemento indispensable del principio de especialidad, que permitirá otorgar autorización para proceder por hechos anteriores y distintos a los que motivaron la orden de entrega. En materia de extradición se establece el principio de primacía de los tratados bilaterales o multilaterales, en aquellos casos que estén contemplados en los convenios que tiene suscritos España. Esta preferencia no se aplica en los casos de conflicto entre la ley y las disposiciones de un tratado de extradición y así lo establece la sentencia del Tribunal Constitucional 141/1998, de 30 de julio en la que se recoge el artículo 13.3 de la Constitución que excluye del recurso extraordinario de amparo los derechos fundamentales susceptibles de ser tutelados a través del mismo. En los supuestos de ausencia de tratado se aplica la ley de acuerdo con el principio de reciprocidad.

supuesto de que la víctima sea española o a que el responsable también lo sea o resida en España, aunque en este último caso se condiciona también a que la víctima del delito haya sido española, limitando así la obligación recogida en el artículo 5 de la Convención Contra la Tortura, de la que España es parte desde 1987.

- 5.º Los delitos de piratería marítima y aérea se condicionan a que el autor sea español o que las víctimas sean españolas, naveguen bajo bandera española o se encuentren en instalaciones ubicadas en la plataforma continental de España. Desaparece así la posibilidad de persecución de cualquier delito de piratería cuando la víctima no sea española, no navegue bajo pabellón español o no se encuentre en una instalación ubicada en la plataforma continental española.
- 6.º La persecución de delitos contra la seguridad nuclear se condiciona a que el presunto autor del hecho delictivo sea nacional español, permitiendo así que cualquier responsable de estos delitos que no lo sea disfrute en nuestro país de absoluta impunidad cuando haya cometido el delito fuera de España.
- 7.º La persecución del tráfico ilegal de drogas y estupefacientes se condiciona en la aprehensión de alijos en alta mar a la previa autorización del estado bajo cuyo pabellón navega el alijo además de exigirse la existencia de un convenio regional o bilateral que contemple dicho procedimiento de colaboración entre estados.
- 8.º Se introducen por primera vez los delitos contra la libertad e indemnidad sexual cometidos sobre víctimas menores de edad y delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 11 de mayo de 2011 sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica si bien se limita su persecución en grave contravención de las obligaciones internacionales de España derivadas de su adhesión a tratados internacionales.⁵²²

⁵²² Se limitan los criterios de persecución penal recogidos en el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000 y ratificado por España el 31 de enero de 2002 y en el Convenio del Consejo de Europa de 11 de mayo de 2011. Los delitos contemplados en el Convenio son: violencia psicológica, acoso, violencia física, violencia sexual, incluida la violación, mutilaciones genitales femeninas y aborto forzoso y esterilización forzosa.

El artículo 44.2 del Convenio del Consejo de Europa de 11 de mayo establece: «Las Partes se esforzarán por adoptar las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para establecer su competencia con respecto a cualquiera de los delitos previstos en el presente Convenio cuando la víctima del delito sea uno de sus nacionales o una persona con residencia habitual en su territorio» Sin embargo, la reforma propuesta limita la persecución de estos delitos a los casos en que el autor sea español o en caso de ser extranjero que se encuentre en España.

- 9.º En el delito de trata de seres humanos, se impide la persecución de los autores de este delito cuando no se haya cometido en España, sea la víctima española o extranjera, y el responsable sea no nacional español y no resida habitualmente en España, aun en el caso de que puntualmente se encontrara en España disfrutando su situación de impunidad y no existiendo solicitud de extradición en su contra.
- 10.º Delitos de corrupción entre particulares o en las transacciones económicas internacionales: La reforma propuesta introduce por primera vez estos delitos para a continuación limitar su persecución nuevamente a los supuestos de que el delito haya sido cometido por un español o extranjero residente habitual en España o por persona jurídica residente en España o empleado o colaborador de persona jurídica residente en España. No podrán perseguirse por tanto los delitos cometidos fuera de nuestras fronteras por autores no españoles que no estén directamente vinculados en su trabajo a personas jurídicas españolas.
- 11.º Los delitos de desaparición forzosa⁵²³ a pesar de que en Convenio la desaparición forzosa se configura como delito de persecución universal sin limitacio-

⁵²³ Incluidos en la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra la desaparición forzosa hecho en Nueva York el 20 de Diciembre de 2006:

El artículo 2 de la citada Convención define el delito de desaparición forzosa: «A los efectos de la presente Convención, se entenderá por «desaparición forzada» el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley.»

La citada Convención establece en sus artículos 9, 10 y 11 una clara jurisdicción universal sin limitaciones para perseguir este tipo de delitos, incluidos dentro del tipo penal de crimen de lesa humanidad en nuestro código penal cuando son cometidos como parte de un ataque sistemático o generalizado contra la población civil, apartado 6º del artículo 607 bis, o incluidos en los tipos penales de detención ilegal del artículo 167 en relación con el 166 del Código Penal cuando se cometan aisladamente.

Así, el artículo 9 de la Convención establece:

1. Cada estado Parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos de desaparición forzada en los siguientes casos:
 - a) Cuando los delitos se cometan en cualquier territorio bajo su jurisdicción o a bordo de una aeronave o un buque matriculados en ese estado.
 - b) Cuando el presunto autor del delito sea nacional de ese estado.
 - c) Cuando la persona desaparecida sea nacional de ese estado y éste lo considere apropiado.
2. Cada estado Parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre los delitos de desaparición forzada en los casos en que el presunto autor se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción, salvo que dicho estado lo extradite o lo entregue a otro estado conforme a sus obligaciones internacionales, o lo transfiera a una jurisdicción penal internacional cuya competencia haya reconocido.
3. La presente Convención no excluye ninguna jurisdicción penal adicional ejercida de conformidad con las leyes nacionales.

nes, esta reforma cuando las víctimas sean españolas o extranjeras, si el delito se hubiera cometido fuera de España y el responsable sea extranjero que no se encuentre en España.

En conclusión , la reforma instaura un criterio dual en cuanto que no sólo se va a exigir que la víctima tenga nacionalidad en España sino que se condiciona su ejercicio en algunos casos a que el responsable este presente , sin que tal distinción parezca obedecer más que a un criterio caprichoso y fuera de toda lógica jurídica.

Y as, la jurisdicción española es competente para conocer de los delitos de tortura (art. 23.4. [b]) , desaparición forzada (art. 23.4. [c]), terrorismo (art. 23.4. [e]), trata de seres humanos (art. 23.4. [m]), delitos contra la indemnidad sexual contra víctimas menores de edad (art. 23.4. [k]), violencia contra las mujeres y doméstica (art. 23.4. [l]). Pero incluso cuando se exige la concurrencia de nacionalidad española, en algunos casos se condiciona a que el presunto responsable se encuentre en territorio español (desaparición forzada (apartado 2º), tortura (apartado 2º), trata de seres humanos (apartado 4º), lucha contra la violencia de las mujeres (apartado 3º)).

En otros como terrorismo, delitos contra la libertad e indemnidad sexual cometidos contra menores de edad y delitos de falsificación de productos médicos no se exige, permitiendo además, de forma alternativa, que la víctima tenga nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos o residencia habitual en España (art. 23.4.e) 2º; art. 23.4. k) 2º; art. 23.4. o) 2º, respectivamente)

Sin embargo, con respecto a los delitos de Derecho penal internacional como el genocidio, los delitos de lesa humanidad y las infracciones contra personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, no se contempla la posibilidad de que los tribunales españoles ejerzan su jurisdicción cuando pudiera haber víctimas de nacionalidad española. Estos últimos sólo serán perseguibles *cuando el procedimiento se dirija contra un español, o contra un extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas* (art. 23.4 [a]).

El diferente trato conferido por la LO 1/2014 con respecto a exigencia de víctimas españolas o de residentes en España en relación con unos delitos y su exclusión con respecto a otros, crea dos categorías distintas de «víctimas» ocasionando como resultado que las víctimas españolas de estos últimos verán lesionado su derecho a la tutela judicial efectiva ante los tribunales españoles.

2.4.3. CONSECUENCIAS DE LA REFORMA

En cuanto a los asuntos pendientes, una vez entrada en vigor la reforma, hemos de señalar que son varios los Magistrados que no llevaron a cabo el archivo deseado dictando resoluciones al amparo de los Tratados y Convenios Internacionales firmados por España y vigentes en nuestro ordenamiento jurídico.

Y así en el llamado **Caso Guantánamo**⁵²⁴, y el llamado **Caso Sahara**⁵²⁵ el magistrado de la Audiencia Nacional Pablo Ruz en un principio se negó a archivar la causa. En la primera de las resoluciones, ⁵²⁶ Ruz destaca que los Convenios de Ginebra y la Convención contra la Tortura obligan a los estados firmantes a perseguir este tipo de delitos y que la recién reformada Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) establece en su artículo 23.5 que los delitos de jurisdicción universal no se perseguirán en España si se acredita que están siendo investigados en un tribunal internacional o en el estado del lugar en el que se cometieron los hechos.

En la resolución se señala que esta ley *«reconoce la competencia de la jurisdicción española para conocer de cualquier otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un tratado vigente para España o por otros actos normativos de una organización internacional de la que España sea miembro»*. Con el objeto de emitir *«un juicio ponderado y racional»* sobre la *«posible concurrencia del principio de subsidiariedad»* entre la Justicia española y la estadounidense, el juez vuelve a dirigirse a las autoridades norteamericanas para que informen sobre *«la evolución y estado actual de las investigaciones»* que se están llevando a cabo sobre esta materia. Anuncia que elevará ante la Sala Segunda del Supremo una exposición razonada para que *«con arreglo a la información obrante en la causa determine la existencia en los estados Unidos de un procedimiento en investigación de los hechos objeto de la presente instrucción y, en consecuencia, su disposición a actuar en relación a los mismos»*. *Justifica su actuación* ⁵²⁷ *en que «el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes es un derecho que no admite suspensión y, por lo tanto, no se pueden invocar circunstancias excepcionales de ningún tipo para justificar la misma»*.⁵²⁸

⁵²⁴ Ver supra.

⁵²⁵ Auto de 15 de abril de 2014, Juzgado Central de Instrucción nº 5, Audiencia Nacional, Procedimiento Abreviado 362/2007. Auto de 15 de abril de 2014, Juzgado Central de Instrucción nº 5, Audiencia Nacional, Procedimiento Abreviado 1/2008.

⁵²⁶ Auto de 15 de abril de 2014, Diligencias Previas 150/2009, Juzgado Central de Instrucción nº 5, Audiencia Nacional.

⁵²⁷ Cuya fundamentación lo es en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia de la ONU y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEHD).

⁵²⁸ "El Comité de Derechos Humanos y el Comité contra la Tortura no han dejado de hacer hincapié en el carácter absoluto de la prohibición de la tortura y de subrayar que esta prohibición no admite suspensión en ninguna circunstancia, ni siquiera en tiempos de guerra o en la lucha contra el terrorismo".

También se mantuvo abierta la investigación por genocidio presentada por la Asociación Saharaui para la Defensa de los Derechos Humanos contra varios dirigentes del **Frente Polisario**. El juez central de instrucción número 5 acordó continuar con el procedimiento puesto que, tal y como informo el Ministerio Fiscal, los hechos se cometieron «*en territorio que a todos los efectos, debe tener la consideración de español en el momento de comisión, tal y como se deriva de la legalidad y jurisprudencia nacional e internacional*». ⁵²⁹ Añade el auto que los delitos « *fueron cometidos contra ciudadanos españoles en el momento en que el Sáhara Occidental era provincia española (...) «en concreto entre los meses de noviembre de 1975 y el 28 de febrero de 1976 debiendo también asumirse la competencia de los hechos ocurridos con posterioridad al abandono del territorio por parte de las Autoridades españolas en la medida que los mismos resultan conexos con los anteriores*». Por lo que insiste en la «*improcedencia del sobreseimiento de las actuaciones*» a que se refiere la reciente reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). C

Ambas resoluciones son coincidentes con la postura de la Fiscalía de la Audiencia Nacional, que también se opuso al archivo de estas dos causas y de otra en la que el juez Ismael Moreno investiga la muerte en 2010 del ciudadano español Babi Hamdai Buyema en el campamento saharauí de El Aaiún. En último caso, el fiscal Pedro Rubira expuso que la disposición de la nueva justicia universal, que obliga a archivar los casos de forma retroactiva, no es de aplicación en este caso ya que «*tanto a nivel formal como jurídico, al Sáhara español se le consideraba como una provincia española*», y que España se convirtió en su «*potencia administradora*» desde 1965 y que no puede considerarse marroquí ni aceptarse que el reino alauí es competente para investigar estos hechos».

Posteriormente se ha procedido conforme al art. 23.5 LOPJ, a elevar informe razonado al TS para que compruebe la «ausencia de persecución efectiva» de los procedimientos penales y de otra naturaleza abiertos, entre otros, en El Salvador, Israel y Turquía ⁵³⁰. Especialmente interesante resulta el Auto del Juzgado Central de Instrucción (JCI) nº 6, de 31 de marzo, asunto *El Salvador (Ellacuría)*, que eleva al TS para que se pronuncie incluso sobre el proceso penal seguido en El Salvador contra el coronel Guillermo Alfredo Benavides, condenado a 30 años de prisión por homicidio, instigación y conspiración para cometer actos de terrorismo e indultado tras el cumplimiento de apenas un año de condena.

⁵²⁹ Auto de 15 de abril de 2014 , Juzgado Central de Instrucción nº 5, Audiencia Nacional, Procedimiento Abreviado 362/2007. Auto de 15 de abril de 2014 , Juzgado Central de Instrucción nº 5, Audiencia Nacional, Procedimiento Abreviado 1/2008 .

⁵³⁰ Auto del JCI nº 5 (Diligencias previas 197/10-D)- de 17 de junio de 2014, asunto *Flotilla de la Libertad*.

En otros casos, se ha acompañado de la reiteración de comisiones rogatorias a autoridades judiciales extranjeras (Chile⁵³¹, estados Unidos⁵³², Guatemala).⁵³³ La existencia de víctimas españolas en los asuntos de El Salvador (Ellacuría), Guatemala y Chile (Carmelo Barrios) faculta a la AN para seguir conociendo por la posible comisión de delitos de terrorismo contra ciudadanos españoles, extendiéndose por conexidad al resto de delitos (arts. 65.1 LOPJ; 17 y 300 LECRIM). En estos dos últimos asuntos ninguno de los instructores procede a elevar el expediente a la Sala de lo Penal de la AN como solicita el MF, al no haber finalizado la práctica de las diligencias.

Sí lo hace, por el contrario, el Auto del JCI nº 6, de 31 de marzo de 2014 (asunto *El Salvador*), que descarta la continuación de la causa por delitos de lesa humanidad en aplicación de la reforma, manteniendo exclusivamente la misma por delitos de asesinatos terroristas de al menos cinco de las ocho víctimas.

Peor suerte ha corrido el procedimiento instruido por el JCI nº 2, (asunto Tíbet) que, mediante Auto de 25 de marzo de 2014, procedió a la conclusión del sumario y a su elevación a la Sala de lo Penal de la AN para determinar la concurrencia de los nuevos requisitos. En su resolución de 2 de julio de 2014, el Pleno procede al archivo de la causa y al alzamiento de las medidas cautelares, asumiendo el razonamiento mantenido por el TS en sus sentencias 327/2003 de 25 de febrero y 319/2004, de 8 de marzo, sobre la necesidad de la concurrencia de un *punto de conexión* para el ejercicio extraterritorial de la jurisdicción.

Pero en contrapunto con lo anterior con fecha 11 de abril de 2014 el Juzgado Central de Instrucción núm. 3 dicta Auto decretando el sobreseimiento del PA. Núm.132/14,⁵³⁴ por falta de jurisdicción, estimando que el art. 23.4 letras d) e i) de la LECrim., no atribuye a la jurisdicción española competencia para conocer del delito de tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas cometido por súbditos sirios en una embarcación extranjera, en aguas internacionales, y ordena la inmediata puesta en libertad de los detenidos.

El Auto recurrido parte de la conjunción entre lo dispuesto en la letra d) y la letra i) del art. 23.4 de la LOPJ. Es decir, son normas que se complementan de la siguiente manera: la letra d) reconoce la jurisdicción española, siempre que haya un supuesto previsto en un tratado internacional.⁵³⁵ Conforme a la interpretación que el auto hace de esa Convención, la

⁵³¹ Auto del JCI nº 5 (Sumario 19/1997-D)-de 23 de mayo de 2014, asunto Carmelo Barrios.

⁵³² Auto del JCI nº5 (Diligencias previas 150/2009-P)- de 15 de abril de 2014, asunto Guantánamo.

⁵³³ Auto del JCI nº 1 (Diligencias previas 331/99), de 20 de mayo de 2014, asunto Guatemala.

⁵³⁴ Caso Mayak, explicado más adelante.

⁵³⁵ Ese tratado es la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 20 de diciembre de 1988 (Convención de Viena de 1988).

jurisdicción española resultará efectivamente existente siempre que concurra alguno de los presupuestos de la letra i) del art. 23.4 de la LOPJ. En definitiva, la letra d) remite a la Convención de Viena de 1988,⁵³⁶ cuya interpretación supone una nueva remisión a la letra i).

Con fecha 11 de abril de 2014 el Ministerio Fiscal interpone recurso de apelación contra la citada resolución, solicitando su revocación y declaración de competencia de la jurisdicción española para el enjuiciamiento de los hechos por la Audiencia Nacional. El Pleno de la Sala de lo Penal de Audiencia Nacional dicta Auto núm. 25/2014,⁵³⁷ con fecha 13 de mayo de 2014 en el Expediente Gubernativo núm. 8/20145, cuya Parte Dispositiva es la siguiente: *«Desestimar el recuso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el auto de 11 de abril de 2014 del Juzgado Central de Instrucción núm. 3, resolución que así queda confirmada.»* Para el Auto recurrido no se dan los requisitos establecidos en la letra i) de artículo 23.4 de la LOPJ, dado que el procedimiento no se dirige contra un español ni se trata de la realización de actos de ejecución de un delito de tráfico de drogas o de constitución de un grupo u organización criminal con miras a su comisión en territorio español.

La conclusión es que la nueva redacción del art. 23.4 de la LOPJ sólo recoge un criterio de atribución de la jurisdicción, que surge de la interpretación conjunta de las letras d) e i). El propio auto recurrido indica que:

«El Juzgado Central de Instrucción nº 3, al recibir las actuaciones originales del Juzgado de Instrucción nº 4 de Málaga –el cual a instancia de Vigilancia Aduanera no acordó nada al respecto, al no apreciar razones de urgencia y declinar competencia– no se pronunció sobre la solicitud de intervención telefónica, dictando providencia de 10.04.2014 dando traslado al Ministerio Fiscal a fin de que informara sobre jurisdicción, quien, con igual fecha, solicitó la declaración de competencia de la Audiencia Nacional, dictando auto el instructor de 11.04.2014 decretando el sobreseimiento de las actuaciones e inmediata puesta en libertad de los imputados (...)».

A raíz del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, el Tribunal Supremo ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre la reforma operada en la Sentencia Nº 592/2014 de fecha 24 de julio de 2014.

⁵³⁶ No basta la mera facultad o simple posibilidad de atribuir jurisdicción al estado español, es necesario que tales tratados internacionales efectivamente la otorguen, lo que no ocurre en la interpretación que verifican de los arts. 4 y 17 de la Convención de Viena.

⁵³⁷ Con tres votos particulares de los Magistrados Grande-Marlaska, Espejel y Hurtado. Los tres Magistrados consideran que el art. 23.4 d) de la LOPJ permite el ejercicio de la jurisdicción por actos cometidos en los *espacios marinos* sin restricción alguna, mientras que el art. 23.4 i) se limita a hacer lo propio con respecto a los cometidos en *espacios terrestres*.

2.4.4. LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO N.º 592 /2014 Y 1682/2014

A) Recurso casación n.º 592/2014

El buque mercante MAYAK de bandera de Sierra Leona, levó anclas a las 11 horas del día 14.03.2014 en la bahía de Málaga y se dirigió a muy poca velocidad con rumbo hacia el estrecho de Gibraltar; según el diario de navegación había Estado fondeado en la Rada de Málaga esperando órdenes los días 12, 13 y 14 de marzo.

El día 14 de marzo recibe órdenes del armador para salir destino Ceuta, posteriormente a las 23 horas vuelve a recibir instrucciones del armador de cambiar el destino de Ceuta a Orán (Argelia); el día 15 de marzo recibe nuevamente indicaciones del armador de parar máquinas esperando instrucciones para el derrote hacia un próximo puerto, siendo esta anotación la última que figura en el diario de navegación. Así las cosas, la patrulla aérea del Departamento de Aduanas, realizando vigilancia de costa por ordenes de la superioridad, a la altura de la zona de la bahía de Alhucemas (Marruecos), siendo las 6 horas del día 16 de marzo detecta un buque mercante – que resultó ser el MAYAK– navegando paralelo a la costa con las luces de navegación apagadas, observando, siendo las 6,30 horas, cómo de la zona de la bahía de Alhucemas (Marruecos) aparecen dos embarcaciones neumáticas de gran porte, navegando paralelas entre sí con las luces apagadas haciendo una deriva y rumbo de interceptación con la derrota que lleva el mercante.

A las 7,30 horas las dos embarcaciones neumáticas toman contacto con el mercante, una a una, procediendo ambas embarcaciones a transbordar mercancías, comunicando estos hechos y coordinados con un patrullero destacado en la zona, procediendo a abordar el buque mercante por parte de la embarcación auxiliar a las 9"16 horas cuando se encontraba navegando en aguas internacionales, a unas 52 millas al SW de la isla de Alborán y 65 millas al sur de la costa malagueña, portando 15.300 kgrs. de hachís (peso bruto), siendo los tripulantes del buque 8 personas de nacionalidad siria.

En el buque se intervino droga y otros efectos como un teléfono satélite de la Cía. THURAYA que según la DEA en Madrid tenía contacto con otro número satélite de la Cía. IRIDIUM con sede en EEUU, indicando la DEA que este último número había contactado con los siguientes números de Marruecos, en días anteriores a la aprehensión del buque Asimismo, la DEA indicó que el n.º de Marruecos mantuvo contacto con números españoles en diversas fechas: (16.02.2014)(25.02.2014)(21.02.2014) (9.01.2014) 696 (3.04.2014) (10.02.2014)(4.01.2014) . La DEA había solicitando el apoyo de la DAVA española al tener en curso una investigación internacional sobre el tráfico de hachís en la ruta Marruecos-Libia-Egipto-Siria-Turquía.

Pues bien, el Alto Tribunal señaló *«Hay que poner de manifiesto lo confuso de tal regulación, lo que ha originado que las líneas interpretativas en esta materia, tan sensible en el ámbito internacional, no se hayan producido con la deseable claridad.»*

1. Como decimos, las letras d), i) y p) del art. 23.4 de la LOPJ (tras su reforma por Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo) recogen la criterios de atribución a la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

Para ello establecen los siguientes supuestos, que recordamos ahora:

1) Letra d): tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas «que se cometan en los espacios marinos», en los supuestos previstos en los tratados ratificados por España o en actos normativos de una organización internacional de la que España sea parte.

2) Letra i): tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, siempre que: 1º el procedimiento se dirija contra un español; o,

2º cuando se trate de la realización de actos de ejecución de uno de estos delitos o de constitución de un grupo u organización criminal con miras a su comisión en territorio español.

Letra p): Cualquier delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un Tratado vigente para España o por otros actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos.

En suma, la interpretación de la norma citada (art. 23.4 LOPJ) en punto a los delitos relacionados con el tráfico de drogas atribuye una triple atribución de jurisdicción universal: por la letra d) los delitos cometidos en los espacios marítimos cuando un tratado internacional o un acto normativo de una organización internacional permitan atribuir a España su competencia para tal represión punitiva; por la letra i) los delitos cometidos fuera de nuestro espacio territorial de soberanía, pero excluidos también de los espacios marinos, cuando la comisión de un delito de tráfico de sustancias estupefacientes pueda ser imputado a un español o se trate de la realización de actos de ejecución de uno de estos delitos o de constitución de un grupo u organización criminal con miras a su comisión en territorio español (aspectos éstos referidos tanto a la comisión en el espacio aéreo como en otro espacio territorial nacional en donde aparezca una conexión delictiva con nuestra soberanía); finalmente, por la letra p), cualquier delito cuya persecución nos imponga con carácter obligatorio un tratado vigente en España u otros actos normativos de una organización internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos.....

Dicho esto, esta Sala no comparte la interpretación que hace el Auto recurrido en tanto que mantiene que los preceptos correspondientes a las letras d) e i) son normas complementarias que dan lugar a un único criterio de reconocimiento de jurisdicción. Esta Sala Casa-

cional entiende por el contrario que se trata de dos reglas de atribución de jurisdicción, distintas y autónomas. Es verdad que ambas se refieren al mismo tipo de conductas (delitos de tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas), pero se distinguen en un elemento fundamental: la letra d) se aplica de manera específica cuando se trate de conductas llevadas a cabo en los «espacios marinos» (aguas internacionales), mientras que si no concurre tal circunstancia espacial será de aplicación la letra i).

No cabe entender, como incorrectamente hace el Auto recurrido, que una se remita a la otra y tengan así un ámbito de aplicación único, sino que se trata de normas con un ámbito de aplicación distinto ab initio, porque no sólo difieren en cuanto al lugar o espacio en el que se ejecuta la conducta (en concreto, a los espacios marinos), sino que también sus principios inspiradores son distintos.»

Continúa diciendo el auto que sobre los principios aplicables en la materia, dijimos en las SSTS 554/2007, 561/2007 y 582/2007 que «El principio de universalidad o de justicia mundial amplía también el ámbito de la jurisdicción española, en cuanto sirve para la protección de bienes esenciales para la humanidad, reconocidos por todas las naciones civilizadas, con independencia de la nacionalidad de los partícipes y del lugar de comisión, en cuanto, en esencia, atiende al conocimiento de los delitos propiamente internacionales.....

En consecuencia, la posibilidad de persecución de hechos cometidos fuera del territorio de un Estado supone que su jurisdicción se debe fundamentar en un principio distinto del de territorialidad. De entre esos otros principios nos interesa destacar los siguientes:

1) El principio de personalidad (activa), según el cual un Estado puede perseguir los hechos cometidos por sus nacionales fuera de su territorio. Inspira el contenido del art. 23.2 de la LOPJ.

El principio de defensa, según el cual un Estado puede perseguir los hechos cometidos por cualquier persona (nacional o extranjera) fuera de su territorio cuando compromete o afecta a determinados intereses de ese Estado, que sean dignos de protección hasta el punto de permitir esa persecución más allá de sus fronteras. Inspira el contenido del art. 23.3 de la LOPJ.

Finalmente, un Estado puede perseguir hechos cometidos fuera de su territorio (de manera que no es posible aplicar el principio de territorialidad), que puedan ser cometidos por personas extranjeras (no cabe aplicar el principio de personalidad) y respecto de delitos que no comprometan sus intereses (no es posible aplicar el principio de defensa), cuando lo permite un Tratado internacional. Estamos hablando de la justicia universal (art. 23.4 LOPJ).

Estamos de acuerdo con el Ministerio Fiscal, cuando señala que los supuestos previstos en los tratados ratificados por España «son, esencialmente, los contemplados en los artículos 4 (que regula la competencia jurisdiccional en general) y 17 (que regula la persecución del tráfico ilícito de drogas por mar, estableciendo asimismo ciertas normas de competencia) de la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, de 1988».

De tal Convención, cuyo artículo 4 regula la competencia en referencia a lo que en nuestra terminología es jurisdicción, nos interesa destacar el art. 4.1.b) por medio del cual, cada una de las Partes «podrá adoptar las medidas que sean necesarias para declararse competente respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3 [transporte de sustancias estupefacientes, como es nuestro caso]:

i) Cuando el delito sea cometido por un nacional suyo o por una persona que tenga su residencia habitual en su territorio;

ii) Cuando el delito se cometa a bordo de una nave para cuya incautación dicha Parte haya recibido previamente autorización con arreglo a lo previsto en el artículo 17, siempre que esa competencia se ejerza únicamente sobre la base de los acuerdos o arreglos a que se hace referencia en los párrafos 4 y 9 de dicho artículo;

Cuando el delito sea uno de los tipificados de conformidad con el apartado iv) del inciso c) del párrafo 1 del artículo 3 y se cometa fuera de su territorio con miras a perpetrar en él uno de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3».

En primer lugar, la letra d) permite perseguir los delitos cometidos en los espacios marinos cuando así lo establezca un Tratado Internacional o un acto normativo de una Organización Internacional de los que España es parte. En segundo lugar, la letra i) hace lo propio cuando dichos actos se cometan por un ciudadano español o cuando se trate de la realización de actos de ejecución de uno de estos delitos o de constitución de un grupo u organización criminal con miras a su comisión en territorio español. En último lugar, y conforme a la letra p), cuando la persecución se imponga con carácter obligatorio por un Tratado vigente u otros actos normativos de una Organización Internacional de la que nuestro país sea miembro y en los términos y condiciones que figuren en los mismos. Este último caso no es privativo de los delitos de tráfico de drogas como tampoco lo es la letra d) del art. 23.4 LOPJ, ya que en la misma se incluyen también la piratería, el terrorismo, la trata de seres humanos, los delitos contra los Derechos de los ciudadanos extranjeros y contra la seguridad de la navegación marítima.

Estos últimos delitos, a juicio del TS, son aquéllos a los que los «*Estados ribereños deben prestar atención cuando se ejecuten por vía marítima, protegiendo con sus medios al conjunto del continente del que forman parte, aun cuando su destino sea cualquiera de los miembros de la comunidad en la que se integran los Estados. En nuestro caso, los países ribereños de la Unión Europea, con sus medios, deben proteger la entrada por vía marítima frente a los ataques delictivos que procedan del exterior aun cuando la finalidad de los autores sea la de cometer sus acciones criminales en los países interiores. Por ello esta norma de atribución de la jurisdicción tiene una configuración especial respecto a las demás, y debe ser aplicada de forma preferente cuando el delito se detecte en el referido espacio*

marítimo. Basta que los tratados internacionales permitan tal atribución para que mediante un acto legislativo del Estado concernido -como es nuestro caso, mediante la LO 1/2014- pueda proclamarse que ostenta jurisdicción facultada por los referidos instrumentos internacionales».

MARTINEZ GUERRA, entiende que «El TS incurre en tres errores interpretativos claros. En primer lugar, y ya expuesto anteriormente, equiparar la aplicación extraterritorial de la ley penal con el principio de jurisdicción universal. Los principios de personalidad activa y de protección también lo permiten y no por ello dejan de ser lo que son. En segundo lugar, confundir la atribución de la jurisdicción (obligatoria y/o potestativa) de los Tratados Internacionales con las reglas y obligaciones de cooperación que los mismos establecen para los Estados Parte. Cooperar en la eliminación del tráfico ilícito por mar (art. 17.1 Convenio 1988) no es atribuir la jurisdicción a los Estados Finalmente, el TS yerra al considerar que basta con que los Tratados permitan la atribución de la jurisdicción y un acto normativo del Estado para poder ejercerla, especialmente cuando el Legislador ha optado por una simple remisión a las normas de cooperación. Ello no quiere decir que los tribunales españoles no puedan ejercer su jurisdicción en estos casos, sino que, como el Convenio permite a los Estados Partes hacerlo, el Legislador debe regularlo expresamente, señalando en qué casos los tribunales españoles pueden perseguir este tipo delitos cometidos en los espacios marinos, no estando el TS autorizado a reclamar una jurisdicción que aquél no ha atribuido. De ser así, nada obstaría para que esta misma postura se adoptase en la persecución de los delitos de Derecho penal internacional, ya que los tratados lo permiten.»⁵³⁸

B) Recurso de casación 1682/2014

De igual modo, el Tribunal Supremo ha tenido también ocasión de pronunciarse sobre la reforma llevada a cabo en el principio de justicia universal a raíz del llamado caso Tíbet en la sentencia de 06/05/2015 recurso de casación 1682/2014 donde vuelve a analizar el principio de justicia universal desde su regulación original en la LOPJ 6/1985 de 1 de Julio⁵³⁹

⁵³⁸ MARTINEZ GUERRA, A «La reforma del molesto principio de Justicia Universal y sus primeras Cosecuencias» Economía. Revista en Cultura de la Legalidad Nº 7, septiembre 2014 pág. 117 y ss.

⁵³⁹ F.J. DECIMO. Por tanto, la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su redacción originaria, establecía un modelo de justicia universal absoluto, en el que no estaba prevista ninguna limitación para su ejercicio. Disponía el precepto:

«Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la Ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

a) Genocidio. b) Terrorismo.

c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves. d) Falsificación de moneda extranjera.

Como antecedentes de este pronunciamiento señalar que el día 23-06-2014 se celebró la sesión del Pleno de la Sala Penal acordando por mayoría el sobreseimiento y archivo⁵⁴⁰

e) Los relativos a la prostitución.

f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.

g) Y cualquier otro que, según los Tratados o Convenios internacionales, deba ser perseguido en España».

La única limitación era la cosa juzgada; esto es, que el delincuente no hubiese sido absuelto, indultado o penado en el extranjero. En otras palabras, la LOPJ instauró inicialmente un principio de jurisdicción universal absoluto, sin sometimiento expreso a criterios restrictivos de corrección o procedibilidad, configurado exclusivamente a partir de la particular naturaleza de los delitos objeto de persecución. Sin embargo, un análisis en profundidad de la norma permitía deducir que el Legislador, al menos en determinados tipos delictivos, partía del presupuesto implícito de la presencia en España de los responsables. Por ejemplo, carece de sentido asumir la competencia para la investigación de un delito de falsificación de moneda extranjera, cometido en el extranjero por ciudadanos extranjeros, si los responsables continúan en sus países de origen.

F.J. UNDECIMO. El carácter ilimitado del ejercicio de la Jurisdicción Universal se puso en cuestión por la práctica, lo que llevó a este Tribunal a diseñar criterios racionales de restricción en la STS 327/2003, de 25 de febrero, y en su voto particular, al analizar los problemas de Justicia Universal suscitados por las denuncias formuladas ante los Tribunales españoles contra los crímenes de Genocidio cometidos en Guatemala durante la dictadura militar. Denuncias que se referían al Genocidio sufrido por la etnia maya y que fueron interpuestas, entre otros, por la premio Nobel de la Paz, Rigoberta Menchú. En esta sentencia se confirmó parcialmente un auto de la Audiencia Nacional en el que se había acordado que los Tribunales Españoles carecían de jurisdicción para conocer de los hechos denunciados, calificados como constitutivos de delitos de Genocidio, terrorismo y torturas, y ocurridos en Guatemala entre 1978 y 1999. Es conveniente resaltar que tanto la sentencia mayoritaria, como el voto particular, coincidían en el criterio básico de la necesidad de vincular el ejercicio de la Jurisdicción Universal a la concurrencia de ciertos criterios de conexión, conforme al modelo posteriormente incorporado a nuestro ordenamiento por la LO 1/2009, de 3 de noviembre. La diferencia esencial se centraba en la configuración de los vínculos de conexión exigibles en el caso específicamente enjuiciado, y en concreto en si podía exigirse para la persecución de los delitos de genocidio que las víctimas fuesen españolas, según se establecía en la sentencia mayoritaria y se negaba en el voto particular. Pero, en cualquier caso, la resolución, en su conjunto, contenía un relevante esfuerzo de análisis de la Jurisdicción Universal, su naturaleza, contenido esencial y límites, que ha servido de referente ineludible para su aplicación posterior.

⁵⁴⁰ La resolución dictada por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional va acompañada de dos votos particulares. El primero de ellos considera, frente a la opinión mayoritaria, que el Derecho Internacional sí obliga al estado Español a investigar y perseguir los hechos objeto del sumario núm. 63/2008. Se afirma que los hechos imputados a los querellados también serían constitutivos de crímenes de guerra puesto que, por auto de 30 de marzo de 2011, el Juzgado Central de Instrucción amplió las conductas investigadas al traslado y asentamiento de población de la potencia ocupante -China- en el territorio ocupado del Tíbet, estimando que esta conducta constituiría un crimen de guerra conforme al Tratado de Ginebra y a nuestro Código Penal (art. 49 de la IV Convención de Ginebra, en relación con el art. 611 5º CP). En relación con este delito se alega que el artículo 146 del Cuarto Convenio de Ginebra, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (1949), establece que cada estado parte « tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido u ordenado cometer una cualquiera de las infracciones graves y deberá hacerla comparecer ante los propios Tribunales, cualquiera cual fuere su nacionalidad», estimando que esta norma debe ser interpretada en el sentido de que los Convenios de Ginebra imponen para este tipo de delitos un sistema de Justicia Universal absoluta, por el cual todos los países están obligados a perseguir a todos los criminales de guerra allí donde se encuentren, con independencia de que estén fuera de su jurisdicción, extraditarlos hacia su país y enjuiciarlos, sin limitación alguna. Esta norma, según los firmantes del voto particular, se diferencia del resto de las otras normas convencionales

de conformidad con la Disposición Transitoria Unica de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal, por lo que con fecha 2 de julio de 2014 se acuerda el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, al entender que no concurren los requisitos legales necesarios para que los Tribunales españoles puedan conocer de los delitos investigados.

Y así, en cuanto al delito de Genocidio, porque ninguna de las personas querelladas ostenta la nacionalidad española, reside en España o se encuentra en territorio nacional. Y respecto al delito de tortura, porque aun cuando una de las víctimas tiene nacionalidad española, no consta que los querellados, nacionales de la República China se encuentren en territorio español. Se excluye, asimismo, la posible calificación de los hechos investigados

que establecen una Jurisdicción Universal, como sería la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes -artículo 5- o el Tratado sobre Genocidio -artículo 6- que « no han sido redactados en los términos de la obligación inexcusable para los estados en materia de crímenes de guerra de buscar a los autores cualquiera que fuera su nacionalidad y hacerlos comparecer ante los Tribunales». Partiendo, en consecuencia, del deber inexcusable de España, y del resto de los estados firmantes como parte de los Convenios de Ginebra, de investigar y perseguir los crímenes de guerra sin necesidad de vínculo de conexión alguno y con independencia de que los presuntos responsables se encuentren fuera de su jurisdicción, los firmantes del voto estiman que se produciría en el caso de autos un conflicto de normas entre los Tratados internacionales y el artículo 23.4 de la LOPJ, que debe resolverse en favor de los primeros, interpretando el precepto legal conforme a los Tratados. Subsidiariamente, los firmantes del voto entienden que deberían plantearse al Tribunal Constitucional las dudas acerca de la constitucionalidad de la reforma de la Ley Orgánica 1/2014, desde dos perspectivas:

- a) La Ley discrimina y otorga un trato diferenciado a las víctimas en atención al tipo de delito, haciendo de peor condición a las víctimas de los crímenes más graves, los de Derecho Internacional (Genocidio, Crímenes de Guerra y contra la humanidad, aquellos que afectan a los valores esenciales de la Comunidad Internacional, la paz, la seguridad y la prosperidad de los pueblos), requiriendo que el autor sea nacional o residente habitual en España o que se encuentre en nuestro territorio, se haya pedido su extradición por un tercer estado y se hubiere denegado, lo que carecería de justificación en Derecho y sí en otro tipo de intereses ajenos a las razones del Derecho y de los derechos fundamentales;
- b) Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva puesto que, en síntesis, los criterios correctores introducidos por el Legislador para el ejercicio de la jurisdicción universal (arbitrarios y desiguales, que operan automáticamente en todos los casos, por haber sido establecidos como condiciones a su ejercicio, lo que iría en contra del "principio de progresividad" en la protección de los derechos humanos) no están amparados por la costumbre internacional y llevarían a una reducción contra legem, no solo del derecho a obtener la tutela judicial efectiva sino del propio principio de Justicia Universal. El segundo voto particular, adhesivo y concurrente con el anterior, muestra su conformidad con la inconstitucionalidad del artículo 23.4 de la LOPJ, pero entiende que debe resaltarse un aspecto, cual es el distinto tratamiento del principio de personalidad pasiva en la regulación contenida en el artículo 23 de la LOPJ. Especialmente, en los delitos de Genocidio, crímenes de guerra y contra la humanidad, el estado español se desentiende de si las víctimas son españolas, lo que sería inadmisibles y carente de justificación, privándolas de sus derechos e intereses cuando no haya otra jurisdicción que actúe, bien internacional, bien territorial, con vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

como delito de terrorismo porque la imputación quedó en su día formalizada por los delitos de genocidio, lesa humanidad y tortura y en base a estos delitos se acordó tomar declaración a los querellados y se ordenó su busca y captura.

La sentencia del Tribunal Supremo, corrige y puntualiza la interpretación hecha por el Tribunal Constitucional en la sentencia 237/2005 de 26 de septiembre ⁵⁴¹ valorando las con-

⁵⁴¹ F.J. DUODECIMO. Esta sentencia 327/2003, de 25 de febrero, fue anulada por la STC 237/2005, de 26 de septiembre, mediante una resolución ponderada, que sigue básicamente el criterio expresado en el voto particular de la STS 327/2003, pero que ha sido mal interpretada.

En la STS 319/2004, de 8 de marzo, se resume la doctrina establecida en la STS 327/2003, de 25 de febrero, en la siguiente forma:

«1.º Hoy tiene un importante apoyo en la doctrina la idea de que no le corresponde a ningún estado en particular ocuparse unilateralmente de estabilizar el orden, recurriendo al Derecho Penal, contra todos y en todo el mundo, sino que más bien hace falta un punto de conexión que legitime la extensión extra-territorial de su jurisdicción.

2.º En el art. VIII del Convenio contra el Genocidio se establece que cada parte contratante puede recurrir a los órganos competentes de las Naciones Unidas a fin de que estos tomen, conforme a la Carta de las Naciones Unidas, las medidas que juzguen apropiadas para la prevención y represión de actos de Genocidio, como ha ocurrido con la creación de los Tribunales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda.

3.º El principio de no intervención en asuntos de otros estados (art. 27 de la Carta de las Naciones Unidas) admite limitaciones en lo referente a hechos que afectan a los derechos humanos, pero estas limitaciones sólo son inobjetables cuando la posibilidad de intervención sea aceptada mediante acuerdos entre estados o sea decidida por la Comunidad Internacional; y, a este respecto, resulta significativo que el Estatuto de Roma, de 17 de julio de 1998, no permite a la Corte Penal Internacional declarar su competencia más que en aquellos casos en que, bien el estado del lugar de comisión o bien el de la nacionalidad del autor, sean parte del Tratado y hayan reconocido así la competencia de la Corte.

4.º En los Tratados Internacionales relativos a estas materias se plasman criterios de atribución jurisdiccional basados generalmente en el territorio o en la personalidad activa o pasiva, y a ellos se añade el compromiso de cada estado para perseguir los hechos, sea cual sea el lugar de comisión, cuando el presunto autor se encuentre en su territorio y no conceda su extradición, previendo así una reacción ordenada contra la impunidad, y suprimiendo la posibilidad de que existan estados que sean utilizados como refugio. Pero no se ha establecido expresamente en ninguno de estos Tratados que cada estado parte pueda perseguir, sin limitación alguna y acogándose solamente a su legislación interna, los hechos ocurridos en territorio de otro estado. En esta misma línea, y según se establece en el art. 23.4.g) LOPJ, la jurisdicción española será competente para conocer de hechos cometidos fuera del territorio nacional, tipificados penalmente, cuando según los Tratados o Convenios internacionales deban ser perseguidos en España. Así se desprende, por otra parte, del art. 27 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados, según el cual lo acordado en ellos "no puede ser alterado ni dejado de cumplir sobre la base de disposiciones de la legislación interna de cada estado».

Como complemento de los anteriores criterios generales, la STS 327/2003, de 25 de febrero, admite la relevancia que debe tener la existencia de una conexión con un interés nacional como elemento legitimador, en el marco del principio de Justicia Universal, modulando su extensión con arreglo a criterios de racionalidad y con respeto al principio de no intervención. Y estima que en el caso del genocidio maya no se aprecia la existencia de conexión con un interés nacional español, pues, siendo posible concretar la conexión en la nacionalidad de las víctimas, no se aprecia la comisión de un genocidio sobre españoles, aun cuando haya españoles que se vieron afectados por hechos calificables como delitos distintos.

secuencias ⁵⁴²punitivas a que dicha interpretación dio lugar, la reforma de 2009⁵⁴³ y 2014 en donde tras el análisis del nuevo artículo 23 de la LOPJ, concluye que:

«VIGESIMO. Aplicando esta normativa legal vigente, debe confirmarse el criterio del Auto impugnado, de 2 de julio de 2014, que acordó el sobreseimiento y archivo de las actua-

⁵⁴² F.J. DECIMOSEXTO. Pues bien esta resolución fue interpretada de forma bastante generalizada en el sentido de que la admisión en nuestro ordenamiento de la Jurisdicción Universal debería en todo caso ser absoluta, y no en el sentido de que era la Ley Orgánica del Poder Judicial la que había acogido ese modelo amplio, que es lo que decía la Sentencia. En consecuencia, pese a que la STC 237/2005, admitía criterios restrictivos, incluso por vía exegética, siempre que no constituyesen «una reducción teleológica de la ley, caracterizada por excluir del marco de aplicación del precepto supuestos incardinables de modo indudable en su núcleo semántico», lo cierto es que la práctica puso de manifiesto que la interpretación generalizada de la resolución constitucional hacía imprescindible una intervención del Legislador si se estimaba necesario introducir en materia de Jurisdicción universal «los criterios reguladores que vinieran a restringir su ámbito de aplicación» a que se refería la Sentencia del Tribunal Constitucional.

Las sentencias de esta Sala núm. 645/2006, de 20 de junio, que admitió a trámite la querella en el caso Falung Gong, por hechos ocurridos en China, y núm. 1240/2006, de 11 de diciembre, que asumió la Jurisdicción española para la investigación de la muerte de un periodista español en acción de guerra llevada cabo por las fuerzas norteamericanas, durante la invasión de Irak, interpretando en sentido amplio la STC 237/2005, confirmaron de forma manifiesta esta corriente interpretativa. Fue esta razón jurídica (necesidad de introducir expresamente en la norma legal la referencia a vínculos de conexión), sin desconocer los problemas en las relaciones internacionales de España que la interpretación expansiva de la Jurisdicción Universal estaba ocasionando, la que determinó la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, que modificó el art 23 4º de la LOPJ con el fin de exigir, para el ejercicio de la Jurisdicción Universal, la concurrencia de una conexión.

⁵⁴³ FJ DECIMOSEPTIMO.- Sin embargo, la efectividad de esta reforma no fue suficientemente restrictiva, desde la perspectiva del Legislador. La inercia de la regulación anterior, unida a la indeterminación del concepto de "vínculo de conexión relevante", a la presión derivada de la posibilidad de ejercicio de la acción popular en nuestro ordenamiento penal y a la interpretación extensiva, para algunos fraudulenta, del concepto de víctimas españolas, incluyendo las que no lo eran cuando se produjeron los hechos pero se nacionalizaron después, determinó que fuesen los órganos jurisdiccionales españoles, entre todos los países de nuestro entorno, los que siguiesen siendo destinatarios de procedimientos por hechos en ocasiones muy lejanos en el tiempo y en el espacio, sin vínculos de conexión con España relevantes y en los que la justificación de la intervención jurisdiccional específica de nuestro país no tenía una fundamentación clara. Este es el caso del proceso actual, seguido por delitos supuestamente cometidos en China a lo largo de más de 50 años (la ocupación de Tíbet, tras la guerra civil en China, se produjo en 1950, hace 65 años), con escasa viabilidad procesal, cuya instrucción se prolonga ya durante diez años sin avances significativos, y en los que no es fácil constatar un vínculo de conexión relevante con nuestra Jurisdicción. Procedimientos que, pese a su escasa efectividad, continuaban originando, además, problemas en las relaciones internacionales españolas, dada la falta de justificación clara de la continuidad del proceso en términos estrictos de Derecho Internacional. Finalmente, y por todo ello, se realizó una segunda reforma legislativa, a través de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, que profundiza en la aplicación de criterios restrictivos al reconocimiento de la Jurisdicción Universal en nuestro ordenamiento, atiende de modo preponderante a la configuración de los Tratados internacionales y al grado de atribución de jurisdicción que otorgan a los estados firmantes respecto de cada delito específico, y concreta, caso por caso, qué vínculos de conexión son los relevantes para que la jurisdicción española pueda conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como algunos de los delitos allí previstos .

Se regula asimismo expresamente, en el apartado cinco del precepto, el principio de subsidiariedad. Mientras que, en el apartado sexto, se excluye, en estos casos, el ejercicio de la acción popular.

ciones, al entender que no concurren los requisitos legales necesarios para que los Tribunales españoles puedan conocer de los delitos investigados. En efecto, por lo que se refiere al supuesto delito de Genocidio, ninguna de las personas querelladas ostenta la nacionalidad española, reside en España o se encuentra en territorio nacional, por lo que no se cumple un requisito esencial prevenido en el art. 23 4º a) de la LOPJ.

La naturaleza de investigación «in absentia» que ha pesado durante diez años sobre la instrucción del presente procedimiento, ha determinado que la localización de los denunciados no haya sido posible ni siquiera para recibirles declaración, o para determinar si siguen con vida, mientras que las órdenes de detención cursadas a la INTERPOL tampoco han sido atendidas, por no apreciar claramente este organismo internacional su justificación, en cumplimiento de su normativa interna. En relación con el delito de tortura, porque aun cuando una de las víctimas tiene nacionalidad española, la adquirió con posterioridad a los hechos, y no consta que ninguno de los querellados, nacionales de la República Popular China, se encuentren en territorio español, como exige el apartado 2º a) del art 23 4º de la LOPJ. En relación con el delito de terrorismo, aun en el supuesto de que pudiera incluirse en este proceso, concurre el mismo óbice pues el procedimiento no se dirige contra un español; ni contra un extranjero que resida habitualmente en España; ni el delito se ha cometido por cuenta de una persona jurídica con domicilio en España; ni existen víctimas que tuvieran la nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos (art 23 4º LOPJ, apartado e).

Conflicto de normas entre la LOPJ y los Tratados. Derecho Internacional Penal Convencional.

VIGESIMOPRIMERO.- Ya se ha señalado con anterioridad que en los Tratados Internacionales no se establece expresamente que cada Estado parte deba imperativamente investigar y perseguir, sin limitación alguna, los hechos constitutivos de delitos internacionales ocurridos en territorio de otros Estados. Es decir, de los Tratados, que configuran el Derecho Internacional Penal convencional, no se deriva con carácter imperativo la necesidad de establecer en cada Estado firmante un modelo de Jurisdicción Universal absoluta o incondicionada. Por lo que se refiere específicamente a los Convenios invocados como directamente aplicables en el caso actual, en concreto el artículo VI de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 9 de diciembre de 1948, dispone que "Las personas acusadas de Genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo III, serán juzgadas por un Tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la Corte Penal Internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción», por lo que de modo expreso no impone a los Estados firmantes que establezcan en su legislación interna un modelo específico de Jurisdicción Universal. Como se decía en el voto particular de la STS 327/2003", el Convenio no impone la jurisdicción universal en materia de Genocidio, pero tampoco la impide». Se alega por los recurrentes que cuando se habla jurisdicción universal sobre el genocidio, lo que hay que tomar en consideración es que dicho principio implica la extensión de la jurisdicción del Estado en atención al único criterio de la naturaleza del delito. Por ello, cuando se exigen vínculos de conexión relacionados con la nacionalidad del perpetrador, la nacionalidad de la víctima o los intereses del Estado, se aplican otros mecanismos de atribución de la jurisdicción (principio de personalidad activa o pasiva y principio de protección o de defensa), que no son los propios de la jurisdicción universal.

Pero olvida la parte recurrente que en el nuevo art. 23 4º a) de la LOPJ, la jurisdicción sobre Genocidio, se atribuye siempre que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas, sin tener en consideración el lugar donde se cometió, y aunque tanto las víctimas como el autor sean extranjeras, exclusivamente por la naturaleza del delito, por lo que se cumplen los parámetros esenciales de la Jurisdicción Universal. Asimismo el art. 5º de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, también invocado como aplicable en el caso actual, establece que todo Estado Parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre estos delitos cuando se cometan en cualquier territorio bajo su jurisdicción o a bordo de una aeronave o un buque matriculados en ese Estado; cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado; y cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado. Asimismo todo Estado Parte tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre estos delitos en los casos en que el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción y dicho Estado no conceda la extradición. La presente Convención no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con las leyes nacionales. En consecuencia, en esta Convención, si bien no se excluye la posibilidad de que los Estados establezcan un modelo más ambicioso de Jurisdicción Universal, no se impone un modelo absoluto o puro, sino que se condiciona en función de determinados criterios, y en cualquier caso se establece con carácter general para los supuestos en que el responsable se halle en el territorio del Estado Parte. Por tanto, los Tratados que se invocan como aplicables en el caso actual, (dejando al margen de momento la cuestión de las Infracciones de los Convenios de Ginebra que se tratará separadamente), y que son los que configuran el Derecho Penal Internacional convencional aplicable al caso, no establecen con carácter imperativo la necesidad de establecer en cada Estado firmante un modelo de Jurisdicción Universal absoluta e incondicionada, por lo que no se puede apreciar que la LO 1/2014 esté contradicción con ellos, con independencia de la opinión personal o doctrinal que pueda sostenerse respecto de esta norma. No cabe apreciar, en consecuencia, un conflicto de normas entre la nueva LO 1/2014, y los Tratados, que conforme al art. 96 CE se integran en nuestro ordenamiento interno.»

Y continúa diciendo «la costumbre internacional o práctica generalmente aceptada como Derecho consuetudinario, no avala la exigencia de un modelo absoluto o incondicional de Justicia Universal como el acogido en nuestro ordenamiento en la versión inicial de la LOPJ» y añade «es cierto que la Convención de Ginebra, a diferencia de otros Tratados, establece un sistema imperativo de Jurisdicción Universal. Pero lo hace en el sentido de imponer a cualquier país firmante la obligación de localizar a los criminales de guerra que se oculten en el mismo, y llevarlos ante sus Tribunales, asumiendo jurisdicción extraterritorial para juzgarlos con independencia del lugar donde ocurrieron los hechos y con independencia de su nacionalidad, exclusivamente en función de la naturaleza del delito. Esta Jurisdicción imperativa no se extiende a la obligación de buscarlos fuera de su territorio, y de reclamarlos en cualquier caso, máxime cuando esta obligación de reclamación no puede ser cumplida y atendida simultáneamente por todos los países firmantes de la Convención. El régimen establecido es de cooperación entre Estados, no de competición. Todo ello con independencia de que un Estado pueda asumir facultativamente, en su Legislación interna, la extensión de su Jurisdicción a supuestos en que los responsables no se encuentren a su disposición. Pero esta amplitud en el ejercicio de la Jurisdicción, asumida en la versión inicial de nuestra LOPJ, no viene impuesta necesariamente por la Convención de Ginebra.

En definitiva, el modelo inicial de la LOPJ consagraba un sistema de Jurisdicción universal absoluta e incondicionada. Pero este sistema, con independencia de la opinión particular que pueda sostenerse sobre él, no viene impuesto imperativamente con carácter general por los Tratados Internacionales o por el Derecho Internacional Penal consuetudinario, ni tampoco viene impuesto específicamente por la Convención de Ginebra para los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado. En consecuencia, el Legislador puede limitarlo, como lo ha hecho la Ley Orgánica 1/2014, a supuestos en que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que se encuentre en España, sin que esta limitación constituya una violación de la Convención de Ginebra. Siempre que se mantenga el contenido esencial de la Jurisdicción Universal en el sentido de reconocer a los Tribunales españoles jurisdicción extraterritorial para enjuiciar estos delitos en función de su naturaleza, con independencia del lugar donde se cometieron y de la nacionalidad de sus autores, respecto de cualquier responsable de una Infracción Grave de la Convención de Ginebra que se encuentre en territorio español.

En consecuencia, y para que quede claro en éste y en otros procedimientos con similar fundamento, conforme a la vigente Ley Orgánica 1/2014, los Tribunales españoles carecen de jurisdicción para investigar y enjuiciar delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado cometidos en el extranjero, salvo en los supuestos en que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas. Sin que pueda extenderse dicha jurisdicción "in absentia" en función de la nacionalidad de la víctima o de cualquier otra circunstancia.»

Con la reforma, se limita el reconocimiento de la competencia de los Tribunales Españoles para conocer de estos delitos cuando, aun en el extranjero, han sido cometidos por nacionales españoles. Y algo parecido cabría decir de su extensión a los delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra –pero no a la tortura ni a la desaparición forzada– cometidos por extranjeros con residencia habitual en España si se repara en que bien podría considerarse como una proyección del anterior y, además, diversas legislaciones lo contemplan como un criterio de razonabilidad que justificaría el ejercicio de la jurisdicción universal.⁵⁴⁴

En el único supuesto de jurisdicción universal que subsiste tras la reforma en nuestro ordenamiento, el legislador no se ha limitado con exigir simplemente la presencia del responsable en territorio español. En el caso de la tortura y la desaparición forzada, se exige la nacionalidad española de la víctima en el momento de la comisión del delito. Y en relación con los llamados *core crimes*, se hace depender de que el procedimiento se dirija contra un extranjero «cuya extradición hubiera sido denegada». En ambos casos se trata de unos requisitos tan restrictivos que hay sólidos motivos para pensar que la nueva ley ha tratado de dar «una lección» al Tribunal constitucional, que tuvo en su día la «osadía» de corregir la interpretación dada por el Alto Tribunal.

⁵⁴⁴ Véase supra lo dicho, entre otras, sobre las legislaciones belga o francesa.

En relación con las torturas y desapariciones forzadas, y de la lectura combinada de los subapartados b) y c), por una parte, y de la cláusula residual del apartado p), por otra, resulta que nuestros tribunales no podrán ejercer su jurisdicción respecto de los sospechosos de haber cometido estos delitos en el extranjero que se encuentren en España si las víctimas no eran españolas en el momento de su comisión o si España no ha denegado la extradición de aquéllos, por lo que el ejercicio de esta competencia en la práctica será absolutamente excepcional si se tiene en cuenta que estamos hablando de crímenes que habitual o necesariamente cometen ciudadanos extranjeros en su propio país y sirviéndose de unas estructuras de poder desde las que difícilmente se reclamará la cooperación internacional para su persecución.

Es precisamente por ello por lo que la Corte Internacional de Justicia, en el asunto *Habré* dejó bien sentado, en un argumento que resulta extrapolable directamente a las desapariciones forzadas, que el precepto de la Convención contra la tortura que establece el *aut judicare aut dedere* (artículo 7.1) «impone al Estado afectado la obligación de someter el asunto a sus autoridades competentes para el ejercicio de la acción penal, independientemente de la existencia, previamente, de una solicitud de extradición referente al sospechoso»⁵⁴⁵

En lo que se refiere al genocidio, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra, respecto de los que la denegación de la extradición es un requisito *sine qua non* para el ejercicio de la jurisdicción universal *in praesentiam* incluso cuando existan víctimas con nacionalidad española en el momento de la comisión de los hechos. Hemos de señalar que Estatuto de la CPI establece la existencia de una obligación de todos los Estados de reprimir este tipo de crímenes.

⁵⁴⁵ Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (BELGIQUE C. Senegal), arret, C.I.J. Recueil 2012, pág. 422, para. 94. Para un más amplio examen del citado asunto, WECKEL, PH., «Arrêt du 20 juillet 2012 : Question Concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (BELGIQUE C.. Sénégal)», RGDIP, vol. 116 (2012), págs. 907 y ss.; o SOSA NAVARRO M., «La evolución de la obligación de extraditar o juzgar a través del caso Hissène Habré», REEI, vol. 26 (2013).

CAPITULO 3. EL DELITO DE PIRATERIA EN ALTA MAR

3.1. CONCEPTO Y DELIMITACION NORMATIVA DEL DELITO DE PIRATERIA

3.1.1. REFERENCIAS HISTORICAS Y NORMATIVA INTERNACIONAL

El delito de piratería constituye el más antiguo y genuino delito contra la navegación marítima del que se tiene referencia, por lo que no resulta extraño que pronto adquiriera una dimensión internacional y haya sido en relación con dicho delito en el que la Comunidad Internacional ha realizado el mayor avance, en orden a posibilitar su persecución universal.

Aunque el primer caso documentado de piratería lo encontramos en la época de Roma,⁵⁴⁶ lo cierto es que en el siglo XV, la edad de oro de la navegación, las nuevas rutas comerciales favorecieron la acción de los piratas⁵⁴⁷ que se iban adaptando a los adelantos en navegación y armamento.

Durante los siglos XVI y XVII los piratas eran considerados *hostis humani generis*⁵⁴⁸, enemigos de toda la humanidad, y se encontraban sometidos a la jurisdicción universal. En el siglo XIX sólo perduraron algunos piratas aislados en ciertas costas de Africa, golfo pér-

⁵⁴⁶ El historiador griego PLUTARCO al narrar, en su obra Vidas Paralelas, el episodio del secuestro sufrido durante su juventud por Julio César, a manos de unos piratas junto a la isla de Farmacusa, relata que ya entonces infestaban el mar con grandes escuadras e inmenso número de buques.

⁵⁴⁷ RODRIGUEZ NUÑEZ, A. «El delito de piratería», UNED, pág 211, señala que «Es obligado hacer una referencia a la distinción entre el pirata, el corsario, el filibustero y el bucanero . El corsario, que arma un barco privado para realizar objetivamente la misma actividad que el pirata, actúa bajo la cobertura de una patente de corso o carta de marca concedida por un Estado, que se encuentra en guerra declarada o no con otro país, y que le permite hacer uso de su bandera recompensándole cada vez que captura un barco enemigo o de los aliados de este o un barco neutral que abastezca al enemigo. El corsario recibe una parte del botín para resarcirse de los gastos que le ha supuesto la empresa. El corsario se puede transformar en pirata cuando se excede de la patente y el estado que la expidió no se responsabiliza de su actuación.. Por el contrario, el pirata no navega bajo la bandera de ningún país y actúa en beneficio propio. Los filibusteros son los piratas de los mares del Caribe y de las Antillas, mientras que los bucaneros en un principio estaban dedicados a aprovisionar a los filibusteros, aunque terminaron uniéndose a ellos.

⁵⁴⁸ «Nuevo derecho Internacional», BENADAVA, S. / LEON STEFFENS, A., 1992, –Political Science– Editorial Jurídica Chile, pág. 87.

sico, China y Oceanía. Gradualmente, los gobiernos fueron reconociendo que la piratería constituía un delito internacional, e hicieron esfuerzos para desterrarla⁵⁴⁹.

Las definiciones de piratería de entonces reflejaban un concepto amplio y comprensivo del delito de piratería marítima, al estimarse actos de piratería todo incidente de violencia cometido en el mar con o sin ánimo de lucro, por los propios tripulantes o pasaje de un navío, no sometidas a ninguna autoridad ya fuera en aguas de alta mar o en otro espacio marino,

En el siglo XX y XXI aparece un nuevo tipo de piratería, los asaltos se han seguido repitiendo y han alarmado a la Comunidad internacional después de que embarcaciones pesqueras y de recreo de diferentes nacionalidades hayan sufrido abordajes y secuestros por parte de grupos armados que luego piden cuantiosos rescates. Así, si los principales objetivos de los piratas modernos siguen siendo el secuestro del navío o de la tripulación o pasaje para obtener un rescate, el robo de la carga o el del propio buque. Sin embargo, asistimos a ataques con nuevos objetivos, políticos o religiosos, de manera que junto a la piratería «tradicional» (robos a mano armada en navíos), aparece otra piratería donde la frontera entre el ánimo de lucro y otros propósitos más políticos es difícil de diferenciar. Los piratas de hoy actúan con armas y equipamientos militares muy sofisticados, de manera que las organizaciones criminales encuentran en estas actividades un nuevo y jugoso modo de financiación.

Los Estados afectados ante la dificultad de encuadrar dichos actos dentro del concepto de piratería tradicional han tratado consolidado un nuevo término «piratería por analogía o para-piratería» con el fin de asegurar su represión.⁵⁵⁰

A pesar de que la piratería es uno de los primeros delitos *iuris gentium*, sólo en la época más reciente aparecieron los primeros proyectos para su prevención y represión internacional.⁵⁵¹ El

⁵⁴⁹ El Tratado de Ryswick firmado en 1697 entre las potencias coloniales trasladó la piratería desde Iberoamérica a América del Norte, y la firma de los Tratados de Utrecht (1712-1716), que establecían el derecho a la libre navegación por América, supuso un freno a la piratería, ya que a los diferentes gobiernos les interesaba el libre comercio.

⁵⁵⁰ MOMTAZ, D. «La piraterie en haute mer», Droit international pénal (Ascensio, H., Decaux, E. y Pellet, A.), Ed. Pedone, Paris, 2000, pág. 505.

⁵⁵¹ Son los proyectos de convenios de 1926 y 1932. El primero de ellos, fue preparado por el profesor japonés Matsuda, en 1926, bajo la iniciativa del Subcomité de expertos de la Sociedad de las Naciones, y el segundo, en 1932, redactado por el jurista norteamericano WALTER BINGHAM J. por encargo de SCHOOL, L. de la Universidad de Harvard. También, en el marco de la Sociedad de las Naciones, y durante 1937, estuvo trabajando un comité de expertos, entre cuyos resultados se incluye una definición de piratería, de corte más restringido que la suministrada por el derecho consuetudinario, en el sentido de que por tal se entendía aquella que consistiera en «cometer por su propia cuenta actos de depredación contra bienes o de violencia contra personas», lo que excluiría los actos realizados por o a cuenta de un estado, pero no los actos que pudieran tener una motivación política, pues no se precisaba entonces que la razón de esta violencia debería encontrarse en el ánimo de lucro.

fundamento del castigo de la piratería perseguía garantizar la libertad de circulación de mercancías y personas en los mares y en el espacio aéreo que se encontraban fuera de la jurisdicción de los Estados, por lo que esta protección correspondía a la comunidad internacional en virtud del principio de justicia universal.

Esto suponía (y supone en la actualidad) una excepción al principio de jurisdicción del Estado de bandera o al de territorialidad. La aplicación extraterritorial de la ley penal de los Estados, toda vez que podía derivar en conflictos de competencia, dio lugar a la firma de Tratados multilaterales a los que España se ha adherido. Sólo en casos excepcionales pueden ejercerse Derechos de soberanía sobre alta mar.⁵⁵² La nacionalidad de un barco o de una aeronave es la de la bandera que llevan, en definitiva la del país en el que están matriculados y a cuya jurisdicción están sometidos.

Entre 1956 y 1958, en un contexto en el que los intereses económicos comenzaron a ser indispensables y así mismo, el aprovechamiento de los recursos del mar se convierten en una de las fuentes primordiales de materia prima; se celebró la primera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (1958), donde se discutieron importantes temas como el Mar Territorial y la Zona Contigua, la Plataforma continental, Alta Mar y la pesca y conservación de recursos vivos en Alta Mar.

Aunque no se lograron grandes resultados debido al número tan reducido de participantes, sí se fijaron algunos cimientos que fueron presentados en proyectos de los Estados partes; los cuales se intentarían efectuar sin resultados significativos en la segunda Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, celebrada en Ginebra en 1960.

En la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar se debatió largo y tendido sobre el nuevo régimen jurídico marino, En el año 1982 se redacta la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho Marítimo (en adelante CNUDM), que no sólo reproduce el derecho ya existente, sino que lo amplía sobremanera. En esta última Convención cele-

⁵⁵² VON LISZT, F. «Derecho internacional público», (trad . Domingo Miral), Barcelona, 1929, págs. 268 y ss., recoge cuatro casos : «1 . El estado ribereño tiene el derecho de persecución (droit de poursuite)» ; <<2 . En tiempos de paz, y (únicamente en virtud de acuerdos especiales, los buques de guerra tienen derecho: a) a detener en mar abierto a los buques mercantes sospechosos que naveguen bajo el pabellón de alguno de los otros estados contratantes, b) a examinar su documentación (derecho de visita en sentido amplio, comprobación de la nacionalidad) y, en caso de necesidad, c) a registrar los departamentos del buque (derecho de visita en sentido estricto, derecho de inspección) y d) a proceder a la captura si se confirma la sospecha (droit de saisie)» ; «3 . Contienen una reglamentación especial los acuerdos para la represión de la introducción de alcohol en territorio norteamericano» ; «4. En tiempo de guerra los buques de guerra de los beligerantes tienen el derecho de detener y en determinadas circunstancias de apresar no solo los buques del enemigo, sino también los de los neutrales».

brada en Montego Bay Jamaica ⁵⁵³ 119 países ratificaron tal documento, por lo que su trascendencia e impacto en el ámbito marítimo no tuvo precedentes. Esta Convención supuso un gran paso en la consecución del objetivo de dotar al mar de una regulación integral superando las distintas regulaciones fragmentadas. Se diferenciaría la piratería propiamente dicha (piratería *iuris gentium*) de la llamada «piratería por analogía» o «para-piratería», integrada por actos terroristas, violentos, sediciosos o rebeldes.

Pese el esfuerzo normativo anterior, el escenario marítimo mostraba nuevas formas de violencia que no se enmarcan dentro de la noción jurídica de piratería marítima, por lo que no constituían actos de piratería propiamente tal, en los términos del delito internacional definido por el artículo 101 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Es a raíz de los hechos acaecidos en el secuestro del *Achille Lauro* de bandera italiana que fue objeto de un ataque terrorista frente a las costas egipcias el 7 de octubre de 1985, por cuatro miembros del Frente de Liberación de Palestina ⁵⁵⁴, pusieron de manifiesto que lo que hasta entonces era una mera sospecha se materializaba: los buques pueden ser objeto y

⁵⁵³ En diciembre de 1970, la Asamblea General de Naciones Unidas convoca a la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, que se realizaría desde diciembre de 1973 hasta 1982. La III Conferencia se desarrolló en 11 períodos de sesiones. El primero se realizó en Caracas (Venezuela) y el último en Nueva York (), en el cual se aprobó la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar por 130 votos a favor, 4 en contra y 17 abstenciones, el 30 de abril de 1982. Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, firmada en Montego Bay (Jamaica) el 10 de diciembre de 1982. La Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas doc. A/RES/59/24, «Los océanos y el derecho del mar»: «Recalca el carácter universal y unitario de la Convención y su importancia fundamental para el mantenimiento y el fortalecimiento de la paz y la seguridad internacionales, así como para el desarrollo sostenible de los océanos y los mares. Reafirma que la Convención establece el marco jurídico en que deben desarrollarse todas las actividades realizadas en los océanos y los mares y es de importancia estratégica como base de las iniciativas y la cooperación en los planos nacional, regional y mundial en el sector marino, y que debe mantenerse su integridad, como reconoció también la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Este texto consta de 320 artículos; 17 partes y 9 anexos técnicos, cubriendo los siguientes temas: límites de las zonas marítimas, Mar Territorial, Zona Contigua, Aguas Interiores, Zona Económica Exclusiva, Plataforma Continental, Alta Mar, Derechos de Navegación y estrechos para la navegación internacional, estados Archipiélagos, Régimen de las Islas, Mares Cerrados o Semicerrados, La Zona, Derecho de acceso al mar por estados sin litoral, Tecnología marina, Paz y Seguridad en los océanos y los mares, Conservación y Gestión de los recursos marinos vivos, Protección y Preservación del medio marino, Investigación científica marina, Desarrollo y Transmisión de Tecnología Marina y Procedimientos para resolución de controversias. La Convención establece que todo estado tiene derecho a establecer la anchura de su mar territorial hasta un límite que no exceda de 12 millas marinas, medidas a partir de líneas de base determinadas de conformidad con la misma Convención. Cuando las costas de dos estados son adyacentes o se hallen situadas frente a frente, ninguno de dichos estados tiene derecho, salvo acuerdo en contrario, a extender su mar territorial más allá de) una línea media cuyos puntos sean equidistantes de los puntos más próximos de las líneas de base a partir de las cuales se mida la anchura del mar territorial de cada uno de dichos estados.

⁵⁵⁴ El nombre de Achille Lauro volvió a ser noticia en todo el mundo cuando el 8 de octubre de 1985, en el transcurso de un crucero entre Alejandría y Port Said, cuatro terroristas árabes se apoderaron del buque, resultando muerto un pasajero norteamericano. El 9 de octubre, los terroristas se rindieron y la mayoría de los pasajeros regresaron a Italia.

arma de la actividad terrorista. Ello culminó en la formulación de la Convención para la Represión de Actos Ilícitos Contra la Seguridad de la Navegación Marítima y el Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de las Plataformas Fijas emplazadas en la Plataforma Continental, firmado en Roma el 10 de marzo de 1988, y que han sido enmendados el 14 de octubre de 2005 (en adelante, Convención SUA 1988/2005).

En la actualidad, las novedades más significativas se concretan en las Resoluciones, aprobadas por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas durante los años 2009 y 2010, por las que prorrogan y amplían las Resoluciones números 1814, 1816, 1838, 1846 y 1851 del año 2008, dictadas para proteger los convoyes del Programa Mundial de Alimentos (PMA), la navegación y demás actividades autorizadas por el Derecho del Mar, frente a la piratería y robo a mano armada contra buques en los espacios marítimos situados frente a las costas de Somalia, intentando suplir las carencias de la normativa contenida en la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM), hecha en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982.

Dichas resolución exhortan nuevamente a los Estados y a las organizaciones regionales que tengan capacidad para ello a que participen en la lucha contra la piratería y el robo a mano armada en el mar frente a las costas de Somalia, desplegando buques de guerra, armas y aeronaves militares y mediante la incautación y el decomiso de embarcaciones, buques, armas y otros equipos conexos utilizados para cometer actos de piratería y robo a mano armada en la mar frente a las costas de Somalia, o sobre los que haya motivos razonables para sospechar tal utilización, decidiendo prorrogar la resolución 1897 (2009) y la 1950 (2010) por sendos períodos de doce meses, a partir de la fecha de su aprobación, las autorizaciones mencionadas en el párrafo 10 de la resolución 1846 (2008) y el párrafo 6 de la resolución 1851 (2008), concedidas a los Estados y las organizaciones regionales que cooperan con el Gobierno Federal de Transición (GFT) en la lucha contra la piratería y el robo a mano armada en el mar frente a las costas de Somalia.

En efecto, las resoluciones, tras referirse con preocupación a que en ocasiones los presuntos piratas detenidos son puestos en libertad sin comparecer ante la justicia, contienen una serie de recomendaciones, recordatorios y mandatos, tendentes a asegurar su enjuiciamiento y que rindan cuenta de sus actos, entre los que destacan los siguientes:

1. Promover la celebración de acuerdos entre los Estados y organizaciones internacionales que luchan contra la piratería en particular en las costas de Somalia, en orden a facilitar la custodia de detenidos, la investigación y el enjuiciamiento de los presuntos piratas.

2. Exhortar a los Estados, para que tipifiquen la piratería en su legislación interna y consideren favorablemente la posibilidad de enjuiciar, en los casos apropiados, a los presuntos piratas, de conformidad con las disposiciones aplicables del Derecho internacional.⁵⁵⁵
3. Instar a los Estados partes en la Convención y en el Convenio SUA a que cumplan plenamente las obligaciones pertinentes que les incumben en virtud de dichos instrumentos y del Derecho internacional consuetudinario y a que cooperen con la UNODC, la OMI y otros Estados y organizaciones internacionales a fin de crear la capacidad judicial necesaria para el eficaz enjuiciamiento de las personas sospechosas de cometer actos de piratería y robo a mano armada en el mar frente a las costas de Somalia.
4. Exploran nuevas vías: La resolución 1918 (2010) da un paso más y solicita al Secretario General que le presente, en un plazo de tres meses, un informe sobre las posibles opciones para lograr el objetivo de enjuiciar y encarcelar a las personas responsables de actos de piratería y robo a mano armada en el mar frente a las costas de Somalia, incluidas, en particular, opciones para crear salas nacionales especiales, posiblemente con componentes internacionales, un tribunal regional o un tribunal internacional, y las correspondientes disposiciones en materia de encarcelamiento, teniendo en cuenta la labor del Grupo de Contacto, la práctica vigente sobre el establecimiento de tribunales internacionales y mixtos, y el tiempo y los recursos necesarios para obtener resultados sustantivos y mantenerlos.

De acuerdo con dicha resolución, el Secretario General emitió su informe S/2010/394, en el que expone siete opciones para lograr el objetivo de enjuiciar y encarcelar a las personas responsables de actos de piratería y robo a mano armada en el mar frente a las costas de Somalia, a las que haremos referencia en el último apartado de este documento.

La resolución 1950 (2010) reafirma el interés en seguir considerando las siete opciones para enjuiciar a los presuntos piratas descritas en el referido informe del Secretario General e insta a todos los Estados a que adopten las medidas pertinentes, con arreglo a las disposiciones en vigor de su Derecho interno, para impedir la financiación ilícita de actos de piratería y el blanqueo de las ganancias procedentes de tales actos, así como a que, en cooperación

⁵⁵⁵ Tal extremo ya se puso de manifiesto en la resolución 1846- que el Convenio de 1988 para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima («Convenio SUA») dispone que las partes podrán tipificar delitos, establecer su jurisdicción y aceptar la entrega de personas responsables o sospechosas de haberse apoderado o haber ejercido el control de un buque mediante violencia, amenaza de violencia o cualquier otra forma de intimidación.

con la INTERPOL y la Europol, sigan investigando las redes delictivas internacionales implicadas en la piratería frente a las costas de Somalia, incluidas las responsables de su financiación y facilitación ilícitas.

Las resoluciones 1910, de 28 de enero de 2010, 1916, de 19 de marzo de 2010, y 1964, de 22 de diciembre de 2010, se refieren también a Somalia aunque no tratan específicamente de la piratería en la mar, conteniendo tan sólo alguna alusión a ella. La resolución 1916 enlaza con el grupo de resoluciones relativas al embargo de armas, mientras que las 1910 y 1964 se refieren a la situación política general en Somalia, centrando su atención en: la protección de la población civil, en especial mujeres y niños; el desarrollo del proceso de paz de Djibouti y el despliegue de la Misión de la Unión Africana en Somalia (AMISON); la necesidad de establecer y consolidar las instituciones y prestar servicios básicos a la población por el GFT, incluido el desarrollo efectivo de la Fuerza de Seguridad Nacional y la Fuerza de Policía de Somalia, con la colaboración, incluida la financiera, de toda la Comunidad Internacional.

3.1.2. DELIMITACION DEL CONCEPTO DE PIRATERIA Y ACTOS DE PIRATERIA

La Convención de Ginebra recoge el concepto de «piratería» según el Derecho internacional consuetudinario.⁵⁵⁶ Es, en el artículo 15 apartado a) de la Convención de Ginebra sobre el Alta Mar de 1958 (en adelante CGAM) cuando por primera vez se instaura una definición convencional limitada por los elementos espacial, intencional y subjetivo, definición que reproduce de manera casi literal el artículo 101 del Convenio mencionado.⁵⁵⁷ Y así, en

⁵⁵⁶ El mismo concepto de piratería está recogido en el artículo 101 de la Convención de Montego Bay. Según el artículo 15 de la Convención de Ginebra, la piratería consiste en: - realizar actos ilícitos de violencia (110), de detención o de depredación, - cometidos con un propósito personal, - por la tripulación o los pasajeros de un buque o de una aeronave privados, - contra otro buque o aeronave o contra personas o bienes que se encuentren a bordo de ellos, - en alta mar o en un lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado.

⁵⁵⁷ De acuerdo con el artículo 101 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, constituyen delitos de piratería los siguientes actos:

I. Los actos ilegales, esto es, no amparados por la legitimidad del Derecho Internacional, de:

- a) Violencia.
- b) De detención.
- c) De depredación.

Para que sean considerados como tal, además deben de reunir los siguientes requisitos:

- 1. Que sean cometidos por la tripulación o los pasajeros de un buque privado o de una aeronave privada.
- 2. Que además tengan un propósito personal, lo que significa que no se comprenden, los actos ilícitos de violencia, detención o depredación, de carácter político o con un propósito público.
- 3. Estos actos deben ser dirigidos contra un buque o una aeronave o contra personas o bienes a bordo de ellos.
- 4. El cuarto requisito, es que el buque o aeronave afectada se encuentre en alta mar o en un lugar no sometido a la jurisdicción de ningún estado.

el párrafo primero del artículo 15 describe «los actos de piratería» y el párrafo segundo da una definición como: «Todo acto de participación voluntaria en la utilización de un buque o de una aeronave, cuando el que lo cometa tenga conocimiento de hechos que den a dicho buque o aeronave el carácter de buque o aeronave pirata».

A tenor de la citada norma por actos de piratería deben entenderse cualquiera de los actos siguientes:

- a) Todo acto ilegal de violencia o detención o todo acto de depredación cometidos con un propósito personal por la tripulación o los pasajeros de un buque privado o de una aeronave privada dirigidos, contra un buque o una aeronave en alta mar o contra personas a bordo de ellos o contra un buque o una aeronave, personas o bienes que se encuentren en un lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado.
- b) Todo acto de participación voluntaria en la utilización de un buque o aeronave, cuando el que lo realice tenga conocimiento de hechos que den a dicho buque o aeronave pirata el carácter de buque o aeronave pirata.
- c) Todo acto que tenga por objeto incitar a los actos definidos en el apartado a) o b) o facilitarlos intencionalmente.

La definición se completa con lo dispuesto en los artículos 16 y 17 de la Convención de Ginebra⁵⁵⁸. Y así el artículo 16 dice «Se asimilan a los actos cometidos por un buque privado los actos de piratería definidos en el artículo 15, perpetrados por un buque de guerra o un buque de Estado o una aeronave del Estado cuya tripulación se haya amotinado y apoderado del buque o de la aeronave». Se considera que el buque de guerra o del Estado o la aeronave del Estado, cuya tripulación se ha sublevado contra el mando, ya no recibe órdenes del Gobierno al que pertenece por lo que deja de estar bajo la protección del Estado de bandera y pierde su inmunidad cuando realiza actos de piratería que se suponen en beneficio propio y el artículo 17 de la Convención de Ginebra⁵⁵⁹ que considera buques y aeronaves piratas los destinados, por las personas bajo cuyo mando efectivo se encuentran, a cometer cualquiera de los actos previstos por el artículo 15. Se consideran también piratas los buques y aeronaves que hayan servido para cometer dichos actos mientras se encuentren bajo el mando efectivo de las personas culpables de esos actos». Por lo tanto, un ataque a un buque mercante en el mar con el propósito de lograr algún fin delictivo, por ejemplo, un robo, constituye un acto de piratería según la definición actual de dicho término en el Derecho internacional. Por el

⁵⁵⁸ Recogido en los mismos términos en el artículo 102 de la Convención de Montego Bay.

⁵⁵⁹ Reproducido en el artículo 103 de la Convención de Montego Bay.

contrario, los actos que pudiendo constituir delitos de piratería se realicen por motivos meramente políticos, o por grupos terroristas no son actos de piratería.⁵⁶⁰

Los buques o aeronaves de guerra o estatales no pueden cometer actos de piratería cuando actúan bajo el mandato de su Estado de bandera ya que se presume que la piratería no puede ser cometida con la autorización de un Estado. Sin embargo en el Acuerdo de Nyon, firmado el 14 de septiembre de 1937⁵⁶¹ por Francia, Rumania, la Unión Soviética, Bélgica, Egipto, Grecia, Gran Bretaña, Turquía y Yugoslavia, se convino considerar actos de piratería los que llevaran a cabo en el Mar Mediterráneo los submarinos, aeronaves o buques que violaran la reglas del Derecho de guerra recogidas en el Tratado Naval de Londres de 1930. Los actos ilegales⁵⁶² de violencia, detención y depredación se han de realizar con un propósito personal, el objeto del asalto ha de ser un buque o aeronave privada y cometerse en alta mar o en lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado. Respecto al *animus ferandi* la definición que se contiene en los arts. 15 CGAM y 101 CNUDM es más amplia, pues se refieren a actos ilegales cometidos con un *propósito personal*, lo que proporciona un contenido más comprensivo, teniendo cabida en el mismo, no sólo el ánimo de lucro en sentido estricto, sino también los actos motivados por sentimientos de odio, revancha o destinados a satisfacer una pasión sangrienta o a atraer la atención sobre problemas personales. Pero, en cambio, no están comprendidos aquellos actos ilícitos de violencia, detención o depredación, de carácter político o con un propósito público necesariamente colectivo. En conclusión, para constituir delito de piratería, los actos ilegales deben, pues, cometerse con fines privados.

El delito debe cometerse en un lugar que no esté sometido a la jurisdicción de ningún Estado⁵⁶³ y el objeto del delito puede ser tanto otra nave o aeronave o las personas y las

⁵⁶⁰ RODRIGUEZ NUÑEZ, A. «El delito de piratería» UNED, pág. 219 señala que por parte de algunos estados, afectados por situaciones de guerra no declarada, ha habido intentos de aplicar la piratería a buques de rebeldes que luchaban contra un poder constituido cuando lo hacían con fines políticos, dándose varios casos durante las guerras de independencia de las colonias americanas contra España y de los estados de América del Norte contra Gran Bretaña. También se calificó de piratería el contrabando de guerra realizado por buques neutrales que intentaban hacer llegar armas o mercancías prohibidas a uno de los ejércitos contendientes, cuando eran sorprendidos por el bando contrario. El amotinamiento de la tripulación o de una parte de los pasajeros de un buque para matar al capitán y apoderarse de su propio barco y de las mercancías con fines privados también fue calificado como piratería.

⁵⁶¹ Este Acuerdo tuvo lugar a raíz de la Guerra civil española de 1936-39 durante la cual submarinos, pretendidamente desconocidos, atacaban en el Mediterráneo buques mercantes de terceros países no beligerantes. Las mismas medidas se extendieron a las aeronaves en un Acuerdo complementario de 17 de septiembre de 1937.

⁵⁶² Véase RODRIGUEZ NUÑEZ, A. «El delito de piratería», en ADPCP, vol. L, 1997, pág. 243.

⁵⁶³ Nota de la autora para su mejor comprensión: Aguas interiores: Costas de cada estado. • Mar territorial o aguas jurisdiccionales: 12 millas náuticas a partir de las aguas interiores. Se goza de Soberanía y Jurisdicción plena. Derecho de paso pacífico de buques extranjeros. • Zona contigua: 24 millas náuticas a partir de las aguas interiores. Se dispone de Jurisdicción sobre infracciones a leyes y reglamentos fiscales, inmigra-

mercancías que se encuentran a bordo así como las personas o bienes que se encuentren en un lugar no sometido a la jurisdicción de un Estado. El artículo 15 párrafo 3 eleva a la condición de autoría el incitar o ayudar dolosamente a cometer actos de piratería incluso en sus formas asimiladas.⁵⁶⁴

Durante el siglo XIX, algunos tribunales nacionales, como es el caso de la Corte Suprema de los EEUU, asimilaban el amotinamiento a la piratería. También, poniendo el acento en el factor violencia, pero no en su causa, la *International Law Association*, en su resolución de 1970 sobre estos temas, había definido la piratería de manera amplia, en el sentido de entender por tal la captura o la toma de control ilegítimo de un navío por la violencia, la amenaza de la violencia, el fraude, la sorpresa o por otros medios., de manera que los motines en barcos eran considerados piratería. Por ello la Convención de Ginebra, en su artículo 16 ⁵⁶⁵, asimila a la piratería los actos cometidos «por un buque de guerra o un buque de Estado o una aeronave de Estado cuya tripulación se haya amotinado y apoderado del buque o de la aeronave». Se trata de una figura asimilada que debe tener el mismo tratamiento penal que la piratería.

Si bien, la redacción del art. 101, a) i), no resulta muy clara al entenderse que los delitos cometidos en el propio buque pueden constituir actos de piratería, como sería el caso del amotinamiento., lo cierto es que de los trabajos preparatorios, tanto de la CGAM [art. 15, 1. b)], como de la CNUDM (art. 101), se extrae la intención de excluir de la definición los actos cometidos a bordo de un único navío la sola excepción sería el amotinamiento con uso del navío para cometer actos de piratería, en los otros supuestos estaríamos ante delitos comunes castigados según lo dispuesto por la jurisdicción del Estado del pabellón. Estos es, cuando la tripulación o los pasajeros de un buque o aeronave, incluyendo la tripulación de un buque de guerra o aeronave militar, se amotina o subleva y toma el buque, la aeronave o la carga para su propio uso, dicho acto no constituye piratería. Sin embargo, si el buque o

ción y aduaneros. • Zona económica exclusiva: 200 millas náuticas a partir de las aguas interiores. Jurisdicción sobre derechos económicos. • Plataforma continental: La plataforma continental de un estado ribereño comprende el lecho y el subsuelo de las áreas submarinas que se extienden más allá de su mar territorial y a todo lo largo de la prolongación natural de su territorio hasta el borde exterior del margen continental, o bien hasta una distancia de 200 millas marinas, contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial, en los casos en que el borde exterior del margen continental no llegue a esa distancia. • Aguas archipelágicas: aguas encerradas por las líneas de base archipelágicas trazadas de conformidad con el artículo 47, independientemente de su profundidad o de su distancia de la costa. Alta mar: A partir de las 200 millas y donde rige la libertad. • Zona internacional de fondos marinos y oceánicos: Por «Zona» se entiende los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional.

⁵⁶⁴ Convención de Montego Bay, artículo 101 b) y c) .

⁵⁶⁵ Convención de Montego Bay, artículo 102.

la aeronave se emplearan después para cometer actos de piratería, se convertiría en pirata, al igual que quienes se encontraban a bordo, participando voluntariamente de dichos actos. Otra forma de piratería que regula la Convención en el número 2 del artículo 15 es la participación dolosa en la utilización de un buque o aeronave piratas aunque no se cometan actos de piratería.

En nuestro ordenamiento desde que se derogó la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante (LPDMM) en 1992, para concretar que ha de entenderse por piratería debemos tener en cuenta la definición que de este delito se da en la Convención de Ginebra, que según el artículo 96 .1 de la Constitución de 1978 forma parte de nuestro ordenamiento interno ya que ninguna norma lo define. El Código penal de 1995 y el Código Penal Militar no dan una definición del mismo sino que definen conductas que integran «actos de piratería». Y así el Código Penal en el artículo 616 ter castiga al que «*se apodere, dañe o destruya una aeronave, buque u otro tipo de embarcación o plataforma en el mar, o bien atente contra las personas, cargamento o bienes que se hallaren a bordo de las mismas*» y el Artículo 616 quáter a los que: «*se resistieren o desobedeciere a un buque de guerra, o aeronave militar u otro buque o aeronave que lleve signos claros y sea identificable como buque o aeronave al servicio del Estado español y esté autorizado a tal fin*».

El Código Penal Militar regula la piratería en los artículos 71 y 74.2 . El artículo 71 castiga al «militar que, violando las prescripciones de los Convenios Internacionales ratificados por España relativos a la navegación en tiempos de guerra, destruyere innecesariamente un buque no beligerante, enemigo o neutral, sin dar tiempo suficiente para poner a salvo la tripulación y pasaje» y el artículo 74.2 .º CPM recoge la figura del militar que «capturare o destruyere buque mercante o aeronave comercial, con infracción de las normas sobre el Derecho de presa»

En conclusión, la definición del delito de piratería se configura desde la perspectiva de la costumbre internacional, rehuyendo nuestra normativa de dar una definición amplia y acogiendo la fórmula de enumeración *numerus clausus* de conductas que integran el tipo penal algunas de las cuales, no son conductas susceptibles de protección por el principio de justicia universal, como la resistencia o la desobediencia.

3.1.3. DISTINCION ENTRE ACTOS DE PIRATERIA MARITIMA Y ACTOS DE PIRATERIA POR ANALOGIA

Las costas del Sureste asiático son peligrosas y en ellas se cometen más de 70% de los ataques piratas. Las razones son varias, primero, por su configuración geográfica (estrechos, archipiélagos, costas enfrentadas, estatuto jurídico de los espacios marítimo, lo que facilita los

ataques y la huida) y, segundo, porque en ellas pervive una cultura del bandidaje marítimo y la piratería.⁵⁶⁶ En los últimos años, los ataques implican a bandas chinas, piratas indonesios y intermediarios filipinos que se dedican fundamentalmente al tráfico de estupefacientes o de armas. Otros ataques sin embargo se realizan por motivos políticos o religiosos, como ejemplo la actuación del grupo filipino Abu Sayyaf en el sur de Filipinas y en el Sabah malayo, los atentados consumados contra los navíos occidentales en la entrada del Mar Rojo (atentado contra el USS Cole en octubre de 2000 o contra el petrolero francés Linbourg en 2002), los abordajes perpetrados por independentistas de Aceh en el norte de Sumatra⁵⁶⁷, etc.

En Somalia, en un país en guerra civil, desde hace cerca de veinte años, milicias armadas controlan las costas y fomentan la piratería, que representa para ellos una importante fuente de ingresos. Afectada por esta situación, las aguas jurisdiccionales somalíes carecen por completo de vigilancia nacional y en ellas campan libremente distintas facciones más cercanas al bandidaje que a movimientos armados organizados. Los piratas actúan con absoluta impunidad atacando pesqueros, mercantes, yates, etc., especialmente durante su travesía por el Golfo de Adén y frente a las costas de Puntland (norte de Somalia) donde están la mayor parte de las bases de estos piratas.⁵⁶⁸

La anarquía en este territorio ha llevado a que milicias somalíes⁵⁶⁹, atacaran reiteradamente a buques que transportaban ayuda alimentaria destinada a la propia población de este país. En efecto, mercantes que habían sido fletados por el Programa Alimentario Mundial (PAM) fueron objeto de estas actividades violentas llegando a solicitar en 2005 ⁵⁷⁰el Primer ministro de

⁵⁶⁶ En el mundo malayo la piratería es una institución ancestral y un oficio (rompak), paralelo a la pesca (tre-pang). Entre los años 1979 a 1989 y afectó a los boat people que huyendo de Vietnam cayeron en manos de pescadores tailandeses y de otros pescadores de costas cercanas. Sobre el destino trágico de los boat people en el Mar de China y la suerte que corrieron muchos de ellos a manos de piratas, puede verse, KANE, S. Y MARTIN, S.: *Pirates et terroristes en mer d'Asie*, Ed. Autrement, Paris, 2005, págs. 8 y ss. Según el Alto Comisario para los refugiados de la ONU, de 1983 a 1985 un barco de cada dos fue atacado por los bandidos, 400 refugiados fueron asesinados, 700 mujeres violadas y 600 personas secuestradas.

⁵⁶⁷ La alianza entre piratas y organizaciones revolucionarias es un hecho, como prueba el ataque contra el Pen-rider, en el que el rescate pagado a los piratas fue a parar a una organización islámica llamada «Free Aceh».

⁵⁶⁸ Cada año pasan 15.000 navíos por el Golfo de Adén, a proximidad de Somalia, para atravesar el Canal de Suez hacia el Mediterráneo.

⁵⁶⁹ Uno de los grupos mejor armados y organizados es el llamado «Somali Marines», tiene una estructura militar, armas y barcos, un buen sistema de comunicación por radio y satélites y capaz, gracias a importantes contactos locales y a intermediarios regionales, de negociar durante semanas o meses con los propietarios de los navíos capturados para lograr el más elevado rescate. Se trata de antiguos pescadores reconvertidos a diversos tipos de tráfico.

⁵⁷⁰ En los últimos años, cuatro buques de Naciones Unidas cargados con alimentos para los somalíes han sido atacados por los piratas. Uno, que transportaba 850 toneladas de arroz para las víctimas del tsunami del 2004, estuvo secuestrado 99 días. Este riesgo ha llevado al Programa Alimentario Mundial, la agencia de la ONU, a utilizar la carretera para hacer llegar la ayuda, por lo que el proceso es más largo, más lento y más caro.

transición, Ali Mohamed Gedi, a los países africanos el envío de navíos de guerra a sus aguas territoriales para asegurar su seguridad, dada la carencia de medios nacionales para garantizarla.

El 15 de mayo de 2008, el Consejo de Seguridad de las N.U. adoptó por unanimidad una resolución ⁵⁷¹ en la que se pide al Secretario General de la ONU que mantenga e intensifique la labor a favor de un proceso político en Somalia, y en la que se insta a la Comunidad internacional y a las Organizaciones regionales a tomar acciones apropiadas en consulta con la ONU para proteger el transporte marítimo en la región, erradicar la piratería en la zona, al tiempo que se respalda la protección internacional de los convoyes marítimos humanitarios con destino a ese país.

En esta línea, el Reino Unido, junto a Francia y Estados Unidos, tomaron la iniciativa de presentar ante el Consejo de Seguridad una segunda resolución sobre Somalia, en la que se autorizaría la persecución por parte de fuerzas internacionales de piratas dentro de las aguas jurisdiccionales somalíes. Además, un grupo de trabajo de ocho países impulsado por España expresó el 9 de mayo de 2007 en el marco de la ONU su apoyo a nuevas medidas efectivas para combatir la piratería frente a las costas del país africano. Respondiendo, en fin, a este consenso internacional, el Consejo de Seguridad, por unanimidad, ha finalmente adoptado, el 2 de junio de 2008 una resolución⁵⁷², bajo el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, que autoriza por un periodo de seis meses a los Estados que cooperan con el Gobierno de Transición Somalí (GTS) a penetrar en las aguas territoriales de Somalia y a recurrir a todos los medios necesario (véase el uso de la fuerza) con el fin de reprimir la piratería y los robos a mano armada en el mar, si reciben el consentimiento de este país y de las Naciones Unidas.⁵⁷³

Pero no sólo eran atacados buques mercantes, sino que los asaltos en el Océano Índico se siguieron repitiendo y alarmaron a la Comunidad internacional después de que embarcaciones pesqueras y de recreo de diferentes nacionalidades⁵⁷⁴ sufrieran abordajes y secuestros

⁵⁷¹ S/RES/1814 (2008).

⁵⁷² S/RES/1816 (2008).

⁵⁷³ En concreto la Resolución 1816 (2008) autoriza a: a) entrar en las aguas territoriales de Somalia con el fin de reprimir actos de piratería y robo a mano armada en el mar, en forma compatible con las acciones de esa índole permitidas en alta mar respecto de la piratería con arreglo a las disposiciones pertinentes del derecho internacional; y b) usar, en las aguas territoriales de Somalia, en forma compatible con las acciones permitidas en alta mar respecto de la piratería con arreglo a las disposiciones pertinentes del derecho internacional, todos los medios necesarios para reprimir los actos de piratería y robo a mano armada.

⁵⁷⁴ El velero de lujo francés *Le Ponant*, fue capturado el 4 de abril de 2008 en alta mar frente a Somalia cuando se dirigía a las islas Seychelles. Tras casi dos semanas de cautiverio y de que el armador pagara el rescate reclamado por los piratas, la tripulación fue liberada y los asaltantes detenidos en una espectacular operación de las fuerzas armadas galas. En efecto, el armador de *Le Ponant* tuvo que pagar dos millones de dólares para conseguir la liberación de los rehenes. El diez por ciento de esa cantidad fue recuperado durante la operación en la que fueron detenidos en tierra seis piratas que, algunos días después, serían trasladados

por parte de de grupos armados como ocurrió con el pesquero de pabellón español Playa de Bakio en abril de 2008 con 26 tripulantes a bordo.⁵⁷⁵

Otros ejemplos de ataques:

- 11 de julio de 1988, en el que nueve personas resultaron muertas y dieciocho heridas en el ataque a la embarcación *City Poros* en Grecia
- 17 de julio de 1994, en el área de la Bahía de San Francisco a las embarcaciones *S.S. Quinault Victory* y *S.S. E.A. Bryan* que se encontraban cargando 4,606 toneladas de municiones pertenecientes a la Fuerza Naval de los EEUU, cuando ocurrió una explosión destruyendo ambas embarcaciones y matando a los 320 marinos encargados de la operación de carga
- 16 de enero de 1996 cuando un comando prochecheno secuestró en el puerto turco de Trebisonda en el Mar Negro el trasbordador de pasajeros de bandera panameña *Avrasya*, con más de 213 personas a bordo, y con el objetivo de protestar contra las acciones militares de Rusia en Chechenia⁵⁷⁶.

a París para ser juzgados. Un comando de la marina francesa liberó sanos y salvos el 16 de septiembre de 2008 a los tripulantes de este velero. En el ataque murió uno de los secuestradores y fueron apresados otros seis que han sido trasladados a Francia para ser juzgados.

⁵⁷⁵ Este atunero, con 26 tripulantes y con base en Bermeo, fue abordado y secuestrado el 20 de abril por un grupo de piratas a 250 millas de la costa somalí. Durante tres días, el Playa de Bakio estuvo anclado en la costa, recibiendo víveres e instrucciones. Paralelamente, la fragata Méndez Núñez llegó a la zona. Estando fondeados en la costa se vieron sometidos los piratas a la presión de otros grupos paramilitares, que amenazaban con atacar el barco y «robarles» los rehenes. Esto tuvo dos consecuencias inmediatas: la primera, mejoró la predisposición de los captores para buscar una solución dialogada al secuestro; la segunda, les obligó a mover el barco. Así, el 25 de abril el barco secuestrado fue llevado a unos 160 kilómetros de la costa, seguida de cerca por la fragata. Tras casi una semana de secuestro, el 26 de abril se anunciaba el rescate de la tripulación. Las autoridades españolas señalaron que la liberación era fruto de una ardua labor diplomática sin reconocer, en ningún caso, el pago de un rescate, aunque desde el primer momento surgieron informaciones que apuntaban a que sí había ocurrido tal cosa. Según la agencia Reuters, los captores recibieron 1.200.000 dólares (unos 766.000 euros). La empresa propietaria del Playa de Bakio aportó el dinero que pedían los piratas somalíes y el gobierno español encargó al CNI (Centro Nacional de Inteligencia) que prestará el necesario apoyo logístico para hacer la entrega directamente en Somalia. Meses después, en septiembre de 2008, otro atunero de la misma empresa (Pavesa) y de pabellón también español, el Playa de Anzoras, pudo escapar de otro intento de secuestro a 325 millas de la costa de Somalia. El País, 11 de septiembre de 2008.

⁵⁷⁶ El buque se dirigió a lo largo de la costa turca hacia Estambul, donde los secuestradores amenazaban con volar el buque con explosivos si los rusos no desistían en su asedio a 250 chechenos atrapados en el pueblo dagestaní de Pervomayskoye. Turquía continuó imponiendo su jurisdicción sobre el incidente y rechazó ceder a la presión por parte de Rusia de resolver la situación con prontitud y por la fuerza, independientemente de la posible pérdida de vidas. Esto, sin duda alguna, hizo que los secuestradores mantuvieran el buque en aguas jurisdiccionales turcas y no en alta mar, donde era probable una represalia armada por parte de Rusia. Finalmente, el buque se quedó sin alimentos y agua y los secuestradores se vieron obligados a fondear cerca de Estambul donde los cuatro se entregaron. A los cinco restantes se los encontró escondidos en el buque.

- Septiembre de 1998, el buque *Tenyu*, de bandera panameña que desapareció en el Estrecho de Malaca, cuando hacía ruta desde Indonesia a la República de Corea con una carga de lingotes de aluminio, siendo asesinados diecisiete de sus tripulantes.
- Noviembre de 1998, en aguas de China Meridional fueron tirados por la borda 23 miembros de la dotación del granelero *MV Cheung Son*.
- Octubre de 1999, al carguero *Alondra Rainbow* que fue abordado cuando salía del puerto indonesio de Kuala Tanjung con destino al puerto de Mike, en Japón.⁵⁷⁷
- 24 de febrero del año 2000 varias bombas explotaron en 2 buses que eran transportados en un ferry en aguas jurisdiccionales de filipinas matando a 45 pasajeros e hiriendo a otros. El acto terrorista es atribuido al grupo radical Frente de Liberación Islámica Moro.
- 12 de octubre del año 2000, terroristas asociados a Osama Bin Laden acoastaron en un pequeño bote a la embarcación *U. S. S. Cole* cuando el destructor se encontraba anclado en un puerto de Yemen. La explosión mató a setenta marineros.
- 13 de Agosto de 2001, el «*Atlantic Pride*», buque originario de Chipre fue secuestrado en el Puerto de Guayaquil, a unas 20 millas náuticas de la costa.
- El 6 de octubre de 2002, el buque tanque *Limbourg*, de bandera francesa, de 158.000 toneladas, al aproximarse a la terminal portuaria de la provincia de Hadramut, en el sudeste de Yemen, fue impactado por un bote cargado con explosivos. Como consecuencia de ello se produjo la desaparición de un marinero búlgaro, daños en el doble casco del buque, apertura de varias vías de agua y el derrame de varios miles de barriles de petróleo crudo. La organización terrorista Al-Qaeda, se atribuyó la acción en un comunicado posterior a los hechos.

Según informes elaborados por la Oficina Marítima Internacional (Siglas inglesas IBM) en la última década los ataques a naves de transporte y turismo se han incrementado en un 500%. De cincuenta y dos casos denunciados en el año 1995 se pasó a 245 en el año 2005, teniendo en cuenta como es lógico solamente los denunciados. Los casos computados por la Oficina Marítima Internacional son 2068 entre 1991 y 2005, y según las estadísticas de la Organización Marítima Internacional se habían registrado desde su inicio un total de 657 casos de actos de pirate-

⁵⁷⁷ CORRALES ELIZONDO. A. «Soluciones jurídicas actuales en relación a la piratería y otros delitos graves en la mar» Revista de Historia Naval, Editorial Naval; Madrid, 2004, págs. 30 y ss.

ría⁵⁷⁸ o robo a mano armada perpetrados en contra de buques mercantes, habiéndose registrado sólo en el año 1995 ciento treinta y dos de tales ataques a buques mercantes; ocurridos principalmente en las áreas del Mar de China (68); Costas Este (11) y Oeste (4) de Africa; Océano Índico (15); Estrecho de Malaca (12); Costas de Sudamérica (20); e incluso el Mediterráneo (2).⁵⁷⁹

Ante tales situaciones, se plantea no sólo la cuestión de saber cómo salvaguardar mejor los mares y océanos, esto es como avanzar en materia de seguridad marítima en sentido propio; sino, también, como proteger a las personas y a los bienes de los riesgos que en las actividades marítimas pueden surgir de actos ilícitos deliberados, es decir, como mejorar la protección marítima y la seguridad pública. Este concepto incluiría todas las acciones destinadas a la protección de las personas, de los bienes y equipos relacionados, directa o indirectamente, con cualquier tipo de actividad marítima frente a tales amenazas.

Como señala CORRALES ELIZONDO⁵⁸⁰ «Parece imprescindible una postura seria colectiva que deberán encabezar los países con intereses navieros y de seguridad más afectados y que debería traducirse en una Conferencia y Convenio internacional de represión y persecución de la piratería marítima actual, con la posible creación de un sistema de ayudas a los países en que se desarrolla, sanciones económicas a los que pueda probarse que adoptan posturas de permisividad y actuaciones judiciales por la vía de extradición para la perseguibilidad de los delitos en concreto».

Ahora bien, no todos los ataques que hemos señalado anteriormente y otros no documentados en este trabajo, constituyen «actos de piratería» «sino que alguno de ellos superan

⁵⁷⁸ Internacional Maritime Bureau (IMB) ICC COEMRCAIL CRIME SERVICE.

⁵⁷⁹ El terrorismo internacional no es un tema nuevo para las Naciones Unidas, ya que han tomado medidas de orden jurídico y político con relación al tema. Jurídicamente, la ONU y sus agencias especializadas, particularmente la Organización de la Aviación Civil Internacional (OACI), la Organización Marítima Internacional (OMI) y el Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA), han elaborado los siguientes acuerdos internacionales en los ámbitos de su competencia:

Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de aeronaves (Tokio, 1963).

- Convenio para la represión el apoderamiento ilícito de aeronaves (La Haya, 1970).
- Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (Montreal, 1971).
- Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicios a la aviación civil (Montreal, 1988).
- Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (Roma, 1988).
- Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental (Roma, 1988).
- Convención contra la toma de rehenes (1979).
- Convención sobre la seguridad del personal de las Naciones Unidas (1994).
- Convención Internacional sobre la represión de las explosiones terroristas (1997).

⁵⁸⁰ CORRALES ELIZONDO, A «Soluciones jurídicas actuales en relación a la piratería y otros delitos graves en el mar» Conferencia. www.asesmar.org/conferencias.

la barrera llegando a convertirse en verdaderos actos de terrorismo «. Lo cierto es que la distinción entre «piratería tradicional» y «piratería por analogía» no resulta fácil. Erróneamente en ocasiones, entre los actos ilegales, en los que prevalecen los móviles políticos han sido calificados como actos de piratería.

Aun cuando no existe una definición internacionalmente consensuada de «terrorismo», lo que caracterizan a los actos terroristas en el mar es la violencia actual o potencial, el objetivo político y por último la intención de conminar a un grupo específico a hacer o no hacer algo.

Pueden darse tres situaciones en que los ataques a los buques puedan ser considerados actos de terrorismo y no actos de piratería:

- Cuando los buques son el objetivo de actos terroristas.
- Cuando los buques son utilizados como arma terrorista.
- Cuando el transporte marítimo se emplea para facilitar un ataque terrorista transportando cargas o equipos peligrosos.

Como hemos señalado *supra*, tras lo acaecido con el Achille Lauro, se hizo pues necesaria una nueva regulación y así nace el Convenio para la represión de los actos ilícitos de la navegación marítima⁵⁸¹, conocido como Convenio SUA. También se aplica a cualquier otro acto ilícito de violencia que amenace la seguridad de la navegación marítima, como podemos interpretar de la lectura de su art. 3.⁵⁸²

⁵⁸¹ Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima y su Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, firmado en Roma el 10 de marzo de 1988, entrada en vigor el 1 marzo de 1992.

⁵⁸² El art. 3 del Convenio para la represión de los actos ilícitos de la navegación marítima preceptúa que:

1. Comete delito toda persona que ilícita e intencionadamente: a) se apodere de un buque o ejerza el control del mismo mediante violencia, amenaza de violencia o cualquier otra forma de intimidación; o b) realice algún acto de violencia contra una persona que se halle a bordo de un buque, si dicho acto puede poner en peligro la navegación segura de ese buque; o c) destruya un buque o cause daños a un buque o a su carga que puedan poner en peligro la navegación segura de ese buque; o d) coloque o haga colocar en un buque, por cualquier medio, un artefacto o una sustancia que puedan destruir el buque, o causar daños al buque o a su carga que ponga o puedan poner en peligro la navegación segura del buque; o e) destruya o cause daños importantes en las instalaciones y servicios de navegación marítima o entorpezca gravemente su funcionamiento, si cualquiera de tales actos puede poner en peligro la navegación segura de un buque; o f) difunda información a sabiendas de que es falsa, poniendo así en peligro la navegación segura de un buque; o g) lesione o mate a cualquier persona, en relación con la comisión o la tentativa de comisión de cualquiera de los delitos enunciados en los apartados a) a f).
2. También comete delito toda persona que: a) intente cometer cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1; o b) induzca a cometer cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1, perpetrados por cualquier persona, o sea de otro modo cómplice de la persona que comete el delito; o c) amenace

Con este Convenio, cabe considerar al terrorismo marítimo como aquel que, con propósitos políticos o con el objetivo de influir en el ejercicio de los Derechos de otro Estado o entidad política, intenta hacer uno o una combinación de los siguientes actos:

- Capturar o ejercer control ilícito sobre un buque u otra estructura marítima mediante amenaza o por la fuerza.
- Llevar a cabo o amenazar con un acto de violencia contra una persona a bordo con probabilidad de poner en peligro la seguridad en la navegación.
- Destruir o dañar, o colocar un artefacto que probablemente destruya o dañe, un buque, plataforma marítima, cargamento o instalación de navegación; o difundir intencionalmente información falsa que ponga en peligro la seguridad en la navegación.

Se trata de actos que, salvo el propósito político, guardan, una estrecha relación con aquellos que aparecen incluidos dentro de la noción de piratería *iuris gentium* en el art. 101 del CNUDM.

Por último, partiendo del compromiso internacional plasmado expresamente en el art. 100 de la CNUDM, «todos los Estados cooperarán, en la medida de lo posible, a la represión de la piratería en el alta mar o en cualquier lugar que no se halle bajo la jurisdicción de ningún Estado», se han venido desarrollando nuevas normas tanto en el seno de Naciones Unidas como en el seno de la Unión Europea.

Así, en el seno del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas durante los años 2009 y 2010, se aprueban nuevas resoluciones que prorrogan y amplían las Resoluciones números 1814, 1816, 1838, 1846 y 1851 del año 2008, dictadas para proteger los convoyes del Programa Mundial de Alimentos (PMA), la navegación y demás actividades autorizadas por el Derecho del Mar, frente a la piratería y robo a mano armada contra buques en los espacios marítimos situados frente a las costas de Somalia, e intentan suplir las carencias de la normativa contenida en la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM), hecha en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982.⁵⁸³

con cometer, formulando o no una condición, de conformidad con lo dispuesto en la legislación interna, con ánimo de obligar a una persona física o jurídica a ejecutar un acto o a abstenerse de ejecutarlo, cualquiera de los delitos enunciados en los apartados b), c) y e) del párrafo 1, si la amenaza puede poner en peligro la navegación segura del buque de que se trate.

⁵⁸³ Las resoluciones 1897, de 30 de noviembre de 2009, 1918, de 27 de abril de 2010, y 1950, de 23 de noviembre de 2010, del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas .ratificadas por España el 20 de diciembre de 1996 (BOE nº 39, de 14 de febrero de 1997).

En el ámbito de la Unión Europea, las regulaciones normativas más relevantes se corresponden con las modificaciones de la Acción Común 2008/851/PESC, relativa a la Operación Militar de la Unión Europea destinada a contribuir a la disuasión, prevención y la represión de los actos de piratería y del robo a mano armada frente a las costas de Somalia (más conocida como operación ATALANTA).

La primera tuvo lugar en virtud de la Decisión 2009/907/PESC del Consejo, de 8 de diciembre de 2009, y su finalidad principal fue extender el mandato de la operación ATALANTA, por un lado permitiendo que la fuerza naval de la Unión Europea contribuyera a la supervisión de las actividades pesqueras frente a las costas de Somalia, y, por otro, ampliando la operación hasta el 12 de diciembre de 2010.⁵⁸⁴

La segunda se llevó a cabo por la Decisión 2010/437/PESC del Consejo, de 30 de julio de 2010⁵⁸⁵, y su novedad más significativa fue que suprimió el límite espacial de las 500 millas marinas frente a las costas de Somalia y de los países vecinos que figuraba en la redacción originaria como zona operacional de las fuerzas navales desplegadas en el Océano Indico, al constatar que los piratas habían ampliado sus actividades a zonas marítimas situadas más allá de esas 500 millas. Además, adecúa las citas del articulado del Tratado de la Unión Europea a la última versión consolidada de éste e incorpora, junto al Consejo, al Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad (AR), en el más alto nivel de responsabilidad del control político y la dirección estratégica de la operación militar de la UE.

No menos interesante es la distinción que en el ámbito internacional viene realizándose sobre delito internacional de piratería (o piratería *iuris gentium*) y el de piratería por analogía⁵⁸⁶. El primero estaría constituido por actos que están calificados como piratería por el Derecho internacional, mientras que el segundo se referiría a aquellos actos de violencia, detención o depredación de buques en los que no se dan alguno de los elementos que conforman la definición internacional, pero que guardan similitudes con él y que son calificados como piratería por diversos ordenamientos internos⁵⁸⁷ o se encuadran dentro de las definiciones más amplias que se propugnan desde las Organizaciones y organismos internacionales competentes en la materia, como la Organización Marítima Internacional o la Oficina Marítima Internacional.

⁵⁸⁴ Diario Oficial de la Unión Europea L 322, pág. 27.

⁵⁸⁵ Diario Oficial de la Unión Europea L 210, pág. 33.

⁵⁸⁶ Esta distinción que es utilizada, entre otros, por Momtaz: *op. cit.*; RONCITTI, N.: «Piratería», Enciclopedia del Diritto, T. XXXIII, Ed. Giuffrè, Milán, 1983, pág. 913; OPPENHEIM, L.: «International Law»: A treatise, London, 1912, pág. 347; GIDEL: «Droit international de la mer», Tome I, págs. 306 ss.

⁵⁸⁷ Por ejemplo se consideran también como piratería las actividades de esta índole realizadas en aguas territoriales o interiores, en los Códigos penales de Cuba (art. 117), de México (art. 146) o de Argentina (art. 198).

En relación con ello, podemos hablar de tres grandes modalidades

- a) La pequeña piratería concretada en robos menores a mano armada: frecuentemente, estos actos de pillaje tienen como escenario los puertos, aguas cercanas a las costas, navíos en aguas interiores o en mar territorial. Se trata de actos que desde un punto geopolítico constituirían piratería, pero que desde una perspectiva jurídica internacional sería de puro bandidaje perseguible por el Derecho interno del Estado.
- b) La gran piratería o piratería internacional en sentido estricto; ataques criminales de gran envergadura que suponen detención, depredación y violencia. Afectan a la navegación marítima, su objetivo son los navíos mercantes, de recreo y de pesca que navegan lejos de la costa, en alta mar, aunque la acción puede conducir el buque a aguas territoriales o interiores de un Estado ribereño. Normalmente los piratas actúan desde un buque nodriza y a bordo de pequeñas embarcaciones rápidas. Suelen estar bien organizados, tener formación militar y contar, a veces, con la anuencia de las autoridades locales o estar integrados en redes de criminalidad transnacional con contactos con grupos terroristas. En ciertos casos, se produce el secuestro de la tripulación y pasaje del navío, en otros lo que ocurre es que el propio navío es robado, se le maquilla, se le registra bajo otra identidad.
- c) La piratería política: son los actos de para-piratería: actos criminales agravados, que pueden perseguir objetivos de orden político, de denuncia de un régimen, de una situación. O puede ser utilizado como escenario o instrumento de un ataque terrorista. En estos casos, su represión cambia de marco, no estaríamos ante un supuesto de piratería internacional y debería reprimirse, como veremos, en el marco de la Convención SUA 1988/2005.

3.2 REGULACION DEL DELITO DE PIRATERIA EN EL DERECHO ESPAÑOL

El delito de piratería marítima se encontraba tipificado en los Códigos penales de 1822, 1848, 1870, 1928, 1932 y 1944, en todos ellos se consideraba como un delito grave pero en ninguno era definido.

En el Código Penal de 1973 se tipificaban concretamente en sus artículos 138 a 141 correspondientes al capítulo IV, «Delitos de piratería»⁵⁸⁸, del Título I, del Libro II, «Delitos

⁵⁸⁸ CORDOBA RODA, J. critica la ubicación de la piratería en un capítulo separado de los «delitos contra el Derecho de Gentes>>, en «Comentarios al Código penal, tomo III», Barcelona, 1978, págs. 105 y ss .

contra la seguridad exterior del Estado»,⁵⁸⁹ pero no se definía el delito aunque se determinaban penas de privación de libertad⁵⁹⁰. Estos artículos dejaban sin protección a los apátridas y a los súbitos beligerantes de países en guerra contra España.⁵⁹¹ Los artículos 140 y 141 preveían penas agravadas cuando el autor fuera funcionario o extranjero naturalizado en España respectivamente. La ausencia de un concepto de piratería en el Código penal de 1973 llevó a algunos autores a considerar que los artículos 138 y 139, por su falta de concreción en el tipo⁵⁹², no cumplían el principio de legalidad.

Por su parte, la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante de 22 de diciembre de 1955 le dedicaba al tema sus artículos 9 a 12, si bien fue derogada por la vigente Ley 27/1992 de Puertos del Estado y de la Marina Mercante de 24 de noviembre, que no hace mención al delito de piratería.

La Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea de 24 de diciembre de 1964 siguiendo una nueva tendencia de la doctrina internacional sobre la especialidad de los delitos

⁵⁸⁹ CUELLO CALON, E. : «Derecho penal, parte especial, Tomo II, vol. I, Madrid, 1980, pág. 11, considera que no está justificada la inclusión de la piratería en este Título; GONZALEZ Rus, J.J., es partidario de hacerlo «figurar en un Título específico dedicado a los ataques contra la comunidad internacional», en Manual de Derecho penal (Parte especial), (son coautores CARMONA SALGADO, C. ; MORILLAS CUEVA, L. ; POLAINO NAVARRETE, M.), Madrid, 1994, pág. 5. ; QUINTANO RIPOLLES, A., incluye la piratería entre los delitos de «orden interno con transcendencia internacional», en Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal, Tomo I, cit., pág. 317.

⁵⁹⁰ El BOE de 24 de abril de 1992, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 94.1 de la Constitución, publicó, cuatro años después de su formalización, el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, hecho en Roma el 10 de marzo de 1988, suscrito por España en Londres el 28 de septiembre del mismo año y ratificado el siguiente 5 de junio de 1989. El artículo 3.1, aunque sin hacer uso del específico *nomen iuris* de piratería, definía como delito comportamientos como el de apoderarse de un buque, ejercer el control del mismo mediante violencia en definitiva, actos que pudieran poner en peligro la navegación segura del buque.

⁵⁹¹ Código Penal 1973, artículo 138: «El delito de piratería cometido contra españoles o súbditos de otra nación que no se halle en guerra contra España, será castigado con la pena de reclusión mayor. Cuando el delito se cometiere contra súbditos no beligerantes de una nación que se halle en guerra con España, será castigado con la pena de presidio mayor. [hay que entender prisión mayor, después de la L.O. 8/1983] Artículo 139: «Incurrirán en la pena de reclusión mayor en su grado máximo los que cometan los delitos de que trata en el párrafo primero del artículo anterior, y en la pena de reclusión mayor los que cometan los delitos de que habla el párrafo segundo del mismo artículo: 1.º Siempre que hubieren apresado alguna embarcación al abordaje o haciéndola fuego. 2.º Siempre que el delito fuere acompañado de asesinato u homicidio o de alguna de las lesiones designadas en los artículos 418, 419 y 421. 3.º Siempre que fuere acompañado de cualquiera de los atentados contra la honestidad señalados en el capítulo I, título IX, de este libro. [hay que entender que se refiere a los delitos contra la libertad sexual] 4.º Siempre que los piratas hayan dejado alguna persona sin medio de salvarse. 5.º En todo caso, el jefe, capitán o patrón pirata. Las penas señaladas en este artículo y en el anterior son aplicables a los delitos que se cometieren contra aviones, aeronaves o aparatos similares o utilizando tales medios para la realización de aquellos». RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ: «Derecho penal español». Parte especial, cit., pág. 672.

⁵⁹² DIAZ YGARCIA CONLLEDO, M. Piratería, en «Enciclopedia jurídica básica «Tomo III, edición Cívitas, 1995 pág. 4885

aéreos ⁵⁹³, recoge en los artículos 39 y 40, en el capítulo de los «Delitos contra el Derecho de gentes», unos tipos que tradicionalmente se han considerado como piratería aérea ⁵⁹⁴ aunque sin dar la definición de la piratería . En el artículo 39, aunque no empleaba la palabra «piratería», describía un tipo que coincidía con las características esenciales del concepto de piratería de la Convención de Ginebra . El artículo 40, a pesar de no especificar las circunstancias de lugar y tiempo, parecía una continuación del anterior y dadas las conductas que describía se podía considerar que también regulaba la piratería cuando los hechos se produjeran en un lugar fuera de la jurisdicción de cualquier Estado.

HIJAS PALACIOS⁵⁹⁵ basándose en esta normativa ya derogada, calificó los actos piratería en:

Sobre barcos:

1. Falta de patente legítima del barco.
2. Barco o tripulación armados.
3. Dedicarse a robos o violencias a las personas.
4. No tener comisión legítima de guerra.
5. Provocar naufragio, varada, o encallamiento del buque con el propósito de despojo, daño o lesión de las personas a bordo.

Sobre aviones o aeronaves:

1. Apoderamiento de la nave, sin posibilidad de protección estatal
2. Poner las aeronaves en peligro de siniestro.

⁵⁹³ FOLCHI, M. O. «Los delitos aeronáuticos» Buenos Aires, 1970, págs. 31 y ss ., en las que se hace eco de las propuestas hechas en el VII Congreso Internacional de Derecho Penal, celebrado en Atenas en 1957, que entre otros temas tratados de «Las infracciones cometidas a bordo de las aeronaves y sus consecuencias». Se constata por los congresistas la existencia de delitos específicamente aeronáuticos que necesitan de una legislación especial.

⁵⁹⁴ JIMENEZ DIAZ, M.J. «El delito de piratería acompañado de asesinato, homicidio o lesiones (art. 139, párr. 2.º)» en Comentarios a la legislación penal, Madrid, 1992, pág. 43. MUÑOZ CONDE, F.: «Derecho penal. Parte especial», Valencia, 1995, pág. 640 ; RODRIGUEZ DEVESA//SERRANO GOMEZ: «Derecho penal español. Parte especial», Madrid, 1995, pág. 671.

⁵⁹⁵ HIJAS PALACIOS, J. «Reflexiones jurisprudenciales sobre el Código penal. Libro II (VIII)», en Actualidad Penal, tomo 2, 1991, pág. 381 . Lo que dice sobre la piratería marítima se basa en la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante que ha sido derogado.

3. Abandono de personas de la nave, sin medio de salvarse.
4. Provocar caída, incendio o pérdida de la nave.
5. Obligar a la tripulación al aterrizaje.
6. Depredación a las víctimas de cualquier objeto, prendas o efectos de su propiedad.

En los códigos posteriores, el delito de piratería desaparecerá, siguiendo una nueva corriente que propugna que los delitos marítimos y los aeronáuticos se plasmen en la legislación especial ⁵⁹⁶. Ahora bien, en la medida en que la ratificación de los Convenios implica para el Estado aceptar que deben aplicarse penas a determinadas actuaciones, cuando estas no se encuentren previamente castigadas en la legislación penal interna habrá que crear las nuevas figuras delictivas, cumpliendo con el principio de legalidad que rige nuestro Derecho penal, para que su represión sea efectiva.⁵⁹⁷

Sin embargo, la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica del Código penal de 1992 ⁵⁹⁸ se decía que «no se regulan los delitos de piratería, en el entendimiento de que su lugar idóneo es una Ley penal especial». Tampoco la exposición de motivos del Código Penal de 1995 recogía ninguna referencia a la desaparición de estos delitos. Por tanto había que entender que a partir de la entrada en vigor del Código penal de 1995, el delito de piratería, quedaba exclusivamente tipificado en la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea (LPPNA, arts. 39 y 40) incumplándose así lo acordado en la Convención de Ginebra sobre la Alta Mar, de 29 de abril de 1958, a la que España se adhirió el 25 de febrero de 1971, entrando en vigor en nuestro país el 27 de marzo de 1971.

En conclusión, el delito de piratería marítima carecía de *nomen iuris*, en el Derecho Penal español, si bien a efectos de represión, la originaria Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de Julio de 1985 en su artículo 23.4.c) previa que los tribunales españoles serían competentes para el enjuiciamiento de los delitos de, entre otros, «piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves». Es decir, desde el momento en que el Código Penal no tipifica los delitos de piratería, y habiendo quedado derogados por su Disposición Derogatoria Unica los arts. 29 y 49 de la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea de 26 de diciembre de 1964, los

⁵⁹⁶ RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, I.L. « El Derecho Penal Marítimo en la reforma de la Justicia Militar (X),» en Revista Española de Derecho Militar, n.º 40, 1982, pág. 115; TAPIA SALINAS: Curso de Derecho aeronáutico, cit., pág. 64.

⁵⁹⁷ RODRIGUEZ DEVESA // SERRANO GOMEZ: «Derecho penal español. Parte general», pág. 260; CEREZO MIR, J. »«Curso de Derecho penal español. Parte general», Madrid, 1996, pág. 151.

⁵⁹⁸ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, de 26 septiembre 1992, min. 102.

Jueces y Tribunales españoles carecían *a priori* de jurisdicción para perseguir esos delitos, aunque si resultaban competentes de acuerdo con los Tratados Internacionales y el principio de justicia universal, lo que resultaba del todo incomprensible.

Por ello, el Consejo de Ministros dio luz verde a la tramitación parlamentaria de su última reforma del Código Penal, para la incorporación del delito de piratería. El anteproyecto de esta Ley pasó por el Consejo de Ministros en noviembre de 2008 y posteriormente fue remitido para informe al CGPJ, la Fiscalía General y el Consejo de Estado. Las disposiciones que este anteproyecto preveía incorporar al Código Penal recogían los postulados del Convenio de Montego Bay suscrito el 10 de diciembre de 1982 sobre el Derecho del Mar y la Convención sobre la navegación marítima firmado en Roma el 10 de marzo de 1988.

En su redacción original la Exposición de Motivos incluía la creación de un nuevo delito de piratería dentro del título dedicado a los delitos contra la Comunidad Internacional, pero la emisión de los citados informes, incluyó cambios en el nuevo texto en el título XXIV del libro II⁵⁹⁹

A ese capítulo añadiría el artículo 616 quáter, que quedaría redactado del siguiente modo:

«El que con violencia, intimidación o engaño, se apodere, dañe o destruya una aeronave, buque u otro tipo de embarcación o plataforma en el mar; o bien atente contra las personas, cargamento o bienes que se hallaren a bordo de la misma, será castigado como reo del delito de piratería con la pena de prisión de diez a quince años». En todo caso, continúa la redacción, «la pena prevista en este artículo se impondrá sin perjuicio de las que correspondan por los delitos efectivamente cometidos».

El artículo 616 quinquis, señalaría que «el que con ocasión de la prevención o persecución de los hechos previstos en el artículo anterior, se resistiere o desobedeciere a un buque de guerra, o aeronave militar y otro buque o aeronave que lleve signos claros y sea identificable como buque o aeronave al servicio del Estado y esté autorizado a tal fin, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años»; y el segundo punto «si en la conducta anterior se empleare fuerza o violencia se impondrá la pena de diez a quince años de prisión».

La razón de ser de la creación de este nuevo delito de piratería, según el documento inicial, radicaba en la necesidad de dar respuesta a «la problemática de los eventuales actos

⁵⁹⁹ Se regula un nuevo delito de piratería, que antes no existía, bajo el siguiente concepto general: «Se puede hablar de piratería marítima o aérea cuando una o varias personas utilizan la violencia para apoderarse de un buque y aeronave, atentar contra sus tripulantes y/o apoderarse de su cargamento».

Se establecen penas de prisión (uno a tres años sin violencia; de diez a quince años con violencia) por:

- Apoderarse, dañar o destruir aeronave, buque o similares.
- Atentar contra personas, cargamento o bienes que se hallen a bordo de las mismas.
- Para quien, con ocasión de la persecución de una conducta de este tipo, se resista o desobedezca.

ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima y aérea, como ahora ha puesto de manifiesto el secuestro sufrido por el atunero español ‘Alakrana’, apresado por piratas somalíes el 2 de octubre de 2009.»

Así pues, tras quince años ausente del Derecho penal sustantivo español, el delito de piratería marítima fue reintroducido por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de julio⁶⁰⁰, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, reforma que entró en vigor el 23 de diciembre de 2010, una vez transcurrido el período de *vacatio legis* de seis meses previsto en la disposición final séptima de aquella.

El tipo penal aprobado en España responde en definitiva, con bastante aproximación, al mandato contenido en las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, comentadas en el punto 2.1. de este trabajo, por el que se exhorta a los Estados para que tipifiquen la piratería en su legislación interna y consideren favorablemente la posibilidad de enjuiciar, en los casos apropiados, a los presuntos piratas, de conformidad con las disposiciones aplicables del Derecho Internacional, al tiempo que recuerdan que el Convenio de 1988 para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima («Convenio SUA») dispone que las partes podrán tipificar delitos, establecer su jurisdicción y aceptar la entrega de personas responsables o sospechosas de haberse apoderado o haber ejercido el control de un buque mediante violencia, amenaza de violencia o cualquier otra forma de intimidación. Ha de advertirse que el Convenio SUA, a diferencia de la CNUDM, ni limita los espacios marítimos en los que se pueden cometer los actos delictivos que tipifica (entre los que se incluyen las acciones típicas de la piratería), ni exige que el autor de las conductas típicas actúe movido por un propósito personal o cualquier otro ánimo determinado, sino simplemente que las acciones sean ilícitas e intencionadas.

La reforma introdujo un nuevo Capítulo, el V (Delito de Piratería), en el Título XXIV (Delitos contra la Comunidad Internacional) del Libro segundo (Delitos y sus Penas), del Código Penal, bajo el enunciado *Delito de Piratería*, compuesto de dos artículos, el artículo 616 ter y el artículo 616 quáter.

⁶⁰⁰ Publicada en el BOE nº 152, de 23 de junio de 2010. Acorde al preámbulo de la citada norma el tipo penal además de contemplar el delito de piratería en nuestras propias aguas, incluye las conductas básicas introducidas por la convención para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (conocida también como convenio o convención SUA) y su protocolo relativo a las plataformas marinas. además, evita limitar la piratería a determinados espacios marítimos, permitiendo por tanto su persecución no sólo en los espacios a los que se refiere el artículo 101 de la convención de 1982 (alta mar y espacios marítimos no sometidos a jurisdicción de ningún estado), sino también, lógicamente, en nuestro territorio, aguas interiores y mar territorial, así como en los espacios autorizados por las resoluciones del consejo de seguridad de naciones unidas o en virtud de convenios bilaterales o multilaterales, presentes y futuros.

El tipo penal descrito en el artículo 616 ter fue criticado por algún sector doctrinal, tanto por apartarse de la definición de piratería del Convenio de Jamaica, como por su excesiva amplitud, ya que como ocurre con la mayoría de los tipos penales, se limita a describir la acción típica, pero ella sola no es suficiente para integrar el delito. Deberán concurrir los demás elementos básicos del delito –antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad, punibilidad– regulados en el Título Preliminar y en el Libro I del Código Penal.

En tal sentido, RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO,⁶⁰¹ se formula la pregunta de si la nueva tipificación en el Derecho Penal español no desnaturaliza el crimen internacional de piratería al no respetar la definición del artículo 101 de la CNUDM-1982, aunque admite que hay que ser consciente de lo inadecuada y anticuada que resulta la definición convencional y consuetudinaria de la piratería.

Por su parte, FERNANDEZ RODERA J.A.⁶⁰² manifiesta que el texto difiere radicalmente del Convenio de Jamaica de 1982 y además daría lugar a considerar piratería lo que pudieran ser simples robos o daños en espacios de soberanía (mar territorial y aguas interiores). Este autor, propone que se incluya como elemento subjetivo del tipo el ánimo de lucro propio o ajeno u otro propósito personal, así como que se limiten los espacios marítimos en los que se puede cometer el delito de piratería a los siguientes: alta mar, espacio no sometido a la jurisdicción de ningún Estado, zona económica exclusiva, zona contigua, u otro espacio marítimo respecto del que así se determine en convenio, acuerdo o instrumento jurídico internacional.

Por lo que se refiere al artículo 616 quáter, incluido también dentro del capítulo dedicado a la piratería, contiene un tipo específico, íntimamente relacionado con ella, como es la desobediencia o el ataque del buque pirata al buque de guerra o aeronave militar (u otro buque o aeronave de Estado autorizados para la prevención y persecución de la piratería), técnica que permitirá su enjuiciamiento aunque se produzca fuera de nuestras aguas, lo que no ocurriría si se prescindiera de dicho tipo especial y se consideraran englobadas tales conductas en los tipos generales de los atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, la resistencia y a desobediencia (Capítulo II del Título XXII del Código Penal), los cuales no gozan de la consideración de delitos de persecución universal en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

⁶⁰¹ RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L. « Problemas jurídico-penales e internacionales del crimen de piratería (una laguna imperdonable de nuestro Código Penal y, ¿por qué no?, un crimen de la competencia de la Corte Penal Internacional)», publicado en Revista Española de Derecho Militar nº 93, in memoriam de Agustín Corrales Elizondo, págs.187 y ss.

⁶⁰² FERNANDEZ RODERA J.A. «Consideraciones a propósito del proyecto de ley de 2009 de modificación del Código Penal (Conclusiones del Seminario interuniversitario sobre la reforma del Código Penal, celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid)» ed. tirant lo Blanch, Valencia 2010, págs. 435 y ss.

Pero aún con todo ello, la tipificación planteaba una serie de interrogantes difíciles de dar respuesta como el hecho de que no se diferenciaron los espacios marítimos en el que ha de cometerse, no exige que se desarrolle en alta mar o en un lugar no sujeto a la jurisdicción de ningún Estado como hace la CNUDM.⁶⁰³ Tampoco se exigía el ánimo o el fin personal, aunque podemos entender que la CNUDM lo que pretende es una interpretación amplia donde los términos «propósito personal» no sólo se refieren al ánimo de lucro sino también a otros ánimos personales, razones personales de tipo político, social o religioso que mueven al actor a cometer un acto de violencia, detención o depredación. Posiblemente esta interpretación, se ajusta más a la realidad y es la tendencia seguida por el Convenio SUA. Pero el hecho de que en nuestro Código se exigiera que los actos de violencia, depredación o detención no podían ser calificados jurídicamente, en base a la CNUDM, como actos de piratería cuando estuvieran inspirados en motivos ideológicos, ya sean políticos, sociales o religiosos podría ocasionar situaciones en que cualquier inculpado por razones de piratería alegaría que cometió dichas acciones motivado por distintas causas que, en ningún caso, nada tienen que ver con razones personales o de goce personal.

Igualmente planteó problemas interpretativos el no incluirse la detención del buque como conducta tipificada, aún cuando se encuentra recogida en el art. 101 de la CNUDM, al ampliarse el sujeto pasivo, objeto del acto de piratería, a otro tipo de embarcación o plataforma en el mar ajustándose al Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental de 1988, y al exigir que la acción de apoderarse, dañar o destruir se cometa por violencia, la intimidación y el engaño, y no mencionar los actos preparatorios, (la provocación, la conspiración y la proposición para la ejecución de los delitos).⁶⁰⁴ No obstante, esta regulación se vio afectada tal y como expusimos en el capítulo anterior, por la reforma del artículo 23.4 de la LOPJ por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial y por la llevada a cabo por ley 1/2014 de 13 de marzo.

Con respeto a la primera de ellas, la de 2009, inspirándose más en la doctrina del Tribunal Supremo que en la del Tribunal Constitucional, se vino exigiendo para su conocimiento y enjuiciamiento –*sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España*– la acreditación de determinados puntos de conexión para el

⁶⁰³ Debido a los ataques cometidos en otros espacios marítimos hubo que encontrar una calificación adecuada a estos actos ilícitos, a los efectos de determinar el Derecho aplicable, así, conforme a la Resolución 922 de 29 de noviembre de 2001, de la Asamblea de la OMI, son descritos como «robos a mano armada».

⁶⁰⁴ El informe del Consejo Fiscal proponía alterar el orden dedicando el Capítulo IV al delito de piratería y el Capítulo V a las disposiciones comunes, consiguiendo de esta forma el mismo cierre del Título XXIV del texto de 1995 y solventando las dudas sobre si dichas disposiciones comunes comprendían o no al delito de piratería.

ejercicio de la jurisdicción universal por los órganos judiciales españoles, concretados en que: existan víctimas de nacionalidad española; los presuntos responsables se encuentren en España, o se constate «algún vínculo de conexión relevante con España», acogiéndose además el principio de subsidiariedad, en el sentido de que sólo podrían conocer los tribunales españoles de los delitos declarados de persecución universal por el artículo 23.4 de la LOPJ, cuando no se hubiera iniciado procedimiento que supusiera una investigación y una persecución efectiva de tales hechos punibles en un tribunal penal internacional o en otro país competente .

En el caso concreto de la piratería, ninguno de los puntos de conexión introducidos por la reforma de la jurisdicción universal en España, coincidía con los puntos de conexión determinados en el Derecho Internacional y en el Derecho de la Unión Europea. Así, para el artículo 105 de la CNUDM lo determinante es el pabellón del buque que apresa a los presuntos piratas (cualquiera que sea la nacionalidad de éstos y la de sus víctimas), por lo que atribuye la competencia para su enjuiciamiento a los tribunales del Estado que haya realizado el apresamiento.⁶⁰⁵

Por su parte, la Acción Común 2008/851/PESC del Consejo estableció un punto de conexión principal, coincidente con el de la CNUDM, al atribuir la competencia al Estado del pabellón del buque que hubiera realizado la captura, fuera éste un Estado miembro de la Unión Europea o un tercer Estado que previo acuerdo con la Unión Europea participe en la operación. Pero también se contemplaba un punto de conexión subsidiario, de forma que en el caso de que el Estado del buque que realiza el apresamiento no pudiera o no quisiera ejercer su jurisdicción, establece como segunda regla que los presuntos delincuentes y los bienes incautados podrán ser entregados a otro Estado miembro o a un tercer Estado que sí deseen ejercerla, con el requisito de que se hayan pactado con dicho Estado las condiciones de entrega, de manera conforme con el Derecho Internacional, en especial sobre Derechos humanos.

En la práctica ello suponía que la competencia de los órganos judiciales españoles para conocer del delito de piratería marítima, en función de los posibles supuestos era :

1. Delito de piratería cometido en aguas interiores, mar territorial o zona contigua españolas: competencia de los tribunales españoles, cualquiera que sea la nacionalidad del buque pirata o del buque o plataforma atacados.

⁶⁰⁵ Recordemos el contenido del artículo 105 CNUDM: Todo estado puede apresar, en alta mar o en cualquier lugar no sometido a la jurisdicción de ningún estado, un buque o aeronave pirata o un buque o aeronave capturado como consecuencia de actos de piratería que esté en poder de piratas, y detener a las personas e incautarse de los bienes que se encuentren a bordo. Los tribunales del estado que haya efectuado el apresamiento podrán decidir las penas que deban imponerse y las medidas que deban tomarse respecto de los buques, las aeronaves o los bienes, sin perjuicios de los derechos de los terceros de buena fe.

2. Delito de piratería cometido a bordo de buques o aeronaves españoles: En principio resultarían competentes los tribunales españoles en virtud del principio de territorialidad determinado en el apartado 1 del artículo 23 LOPJ, si bien, si el delito se cometiere en alta mar o en espacio marítimo no sometido a jurisdicción de ningún Estado, tal competencia cedería a favor del Estado del pabellón del buque de guerra o aeronave militar (u otros de Estado debidamente autorizados) que hubieren realizado el apresamiento del buque pirata, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 105 CNUDM. Si éste Estado renunciara al ejercicio de su jurisdicción, o simplemente no la ejerciera, resultarían nuevamente competentes los tribunales españoles.
3. Delito de piratería en el que las víctimas sean españolas, o los presuntos responsables se encuentren en España, o se constate algún otro vínculo de conexión relevante con España : en principio la competencia correspondería a los tribunales españoles, en virtud de lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 23 de la LOPJ, si bien, al igual que en el caso anterior, si el delito se cometiere en alta mar o en espacio marítimo no sometido a jurisdicción de ningún Estado, tal competencia cedería a favor del Estado del pabellón del buque de guerra o aeronave militar (u otros de Estado debidamente autorizados) que hubieren realizado el apresamiento del buque pirata, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 105 CNUDM. Si éste Estado renunciara al ejercicio de su jurisdicción, o simplemente no la ejerciera, resultarían competentes los tribunales españoles.
4. Delito de piratería en el que el apresamiento del buque pirata lo realiza un buque de guerra o aeronave militar (u otros de Estado debidamente autorizados) españoles: aun cuando no exista ninguna otra vinculación -del delito, los presuntos delincuentes o las víctimas- con España, siempre que el apresamiento se haya efectuado en alta mar o en lugares no sometidos a la jurisdicción de ningún Estado, la competencia para su enjuiciamiento correspondería a los tribunales españoles, en virtud de lo dispuesto en el artículo 105 de la CNUDM.
5. Supuesto especial de los apresamientos de piratas producidos en el seno de la operación ATALANTA (incluso dentro del mar territorial de Somalia): Como hemos señalado más arriba, en virtud de lo dispuesto en el artículo 12 de la Acción Común 2008/851 PESC, la competencia atrayente la ostentan los tribunales del Estado del pabellón que enarbole el buque de guerra que realice la captura de los presuntos piratas. No obstante, se permite que dicho Estado, si no puede o no desea ejercer su jurisdicción, pueda cederla a otro Estado miembro o a un tercer Estado que desee ejercerla.

Por último con la reforma llevada a cabo por la Ley. Orgánica 1/2014 de 13 de marzo, en la persecución de los delitos de piratería y contra los Derechos de los ciudadanos extranjeros y delitos contra la seguridad de la navegación marítima, son los Estados ribereños los que deben prestar atención cuando se ejecuten por vía marítima, protegiendo con sus medios al conjunto del continente del que forman parte, aun cuando su destino sea cualquiera de los miembros de la comunidad en la que se integran tales Estados. En nuestro caso, los países ribereños de la Unión Europea, con sus medios, deben proteger la entrada por vía marítima frente a los ataques delictivos que procedan del exterior aun cuando la finalidad de los autores sea la de cometer sus acciones criminales en los países interiores. En consecuencia, la posibilidad de persecución de hechos cometidos fuera del territorio de un Estado supone que su jurisdicción se debe fundamentar en un principio distinto del de territorialidad.⁶⁰⁶

Por eso el Tribunal Supremo en su sentencia 592/2014 señala que «esta norma de atribución de jurisdicción tiene una configuración especial respecto a las demás, y debe ser aplicada de forma preferente cuando el delito se detecte en el referido espacio marítimo. Basta que los tratados internacionales permitan tal atribución para que mediante un acto legislativo del Estado concernido –como es nuestro caso, mediante la LO 1/2014– pueda proclamarse que se ostenta jurisdicción facultada por los referidos instrumentos internacionales.» En estos casos, la competencia ya no es facultativa sino impuesta «con carácter obligatorio por un Tratado vigente para España o por otros actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos».⁶⁰⁷

Con la reforma, la persecución de los delitos de piratería marítima y aérea se condicionan a que el autor sea español o que las víctimas sean españolas, naveguen bajo bandera es-

⁶⁰⁶ El principio de personalidad (activa), según el cual un estado puede perseguir los hechos cometidos por sus nacionales fuera de su territorio. Inspira el contenido del art. 23.2 de la LOPJ. El principio de defensa, según el cual un estado puede perseguir los hechos cometidos por cualquier persona (nacional o extranjera) fuera de su territorio cuando compromete o afecta a determinados intereses de ese estado, que sean dignos de protección hasta el punto de permitir esa persecución más allá de sus fronteras. Inspira el contenido del art. 23.3 de la LOPJ. Finalmente, un estado puede perseguir hechos cometidos fuera de su territorio (de manera que no es posible aplicar el principio de territorialidad), que puedan ser cometidos por personas extranjeras (no cabe aplicar el principio de personalidad) y respecto de delitos que no comprometan sus intereses (no es posible aplicar el principio de defensa), cuando lo permite un Tratado internacional. Estamos hablando de la justicia universal (art. 23.4 LOPJ).

⁶⁰⁷ Referente al delito de piratería, la disposición aplicable es el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, 1982), art. 110.1 a). Respecto a la trata de seres humanos, el propio Convenio, art. 110.1.b). Para los derechos de los ciudadanos extranjeros el Convenio contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Internacional (Nueva York, 15-11-2000). En materia de seguridad en la navegación marítima, el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (Roma, 10-3-1988). En el ámbito del terrorismo, el Protocolo de 2005 relativo al Convenio para la represión de los actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (Londres, 14-10-2005) y para el tráfico de drogas, la aludida Convención de Viena de 1988.

pañola o se encuentren en instalaciones ubicadas en la plataforma continental de España. Es decir, desaparece así la posibilidad de persecución de cualquier delito de piratería cuando la víctima no sea española, no navegue bajo pabellón español o no se encuentre en una instalación ubicada en la plataforma continental española.

3.2.1 ANALISIS DEL TIPO PENAL

Como hemos expuesto *supra* la reforma del Código Penal introdujo un nuevo Capítulo, el V (Delito de Piratería), en el Título XXIV (Delitos contra la Comunidad Internacional) del Libro segundo (Delitos y sus Penas), del Código Penal, bajo el enunciado *Delito de Piratería*, compuesto de dos artículos, cuyo contenido es el siguiente:

Artículo 616 ter: *«El que con violencia, intimidación o engaño, se apodere, dañe o destruya una aeronave, buque u otro tipo de embarcación o plataforma en el mar; o bien atente contra las personas, cargamento o bienes que se hallaren a bordo de las mismas, será castigado como reo del delito de piratería con la pena de prisión de diez a quince años. En todo caso, la pena prevista en este artículo se impondrá sin perjuicio de las que correspondan por los delitos cometidos».*

Artículo 616 quáter: *«1. El que con ocasión de la prevención o persecución de los hechos previstos en el artículo anterior, se resistiere o desobedeciere a un buque de guerra, o aeronave militar u otro buque o aeronave que lleve signos claros y sea identificable como buque o aeronave al servicio del Estado español y esté autorizado a tal fin, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años.*

2. Si en la conducta anterior se empleare fuerza o violencia se impondrá la pena de diez a quince años de prisión.

3. En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos cometidos.»

A) Los sujetos y objeto del delito

Tanto en el artículo 616 ter como en el quáter, el sujeto activo de este delito puede ser cualquiera que sea la tripulación o los pasajeros de un buque privado ⁶⁰⁸ o de una aeronave privada, como explícitamente recoge el artículo 15 .1) de la Convención de Ginebra, por tanto quedan excluidos los tripulantes o pasajeros de los buques y aeronaves de guerra así

⁶⁰⁸ Los convenios de Tokio (art . 1 .4), de La Haya (art . 3.2) y de Montreal (art . 4.1) excluyen de su aplicación a las aeronaves en servicios militares, de aduanas y de policía.

como los buques y aeronaves de Estado. Teniendo en cuenta los Convenios ratificados por España, habrá que excluir también a los mandos de buques y aeronaves de guerra o del Estado⁶⁰⁹ especialmente cuando se encuentren realizando misiones de apresamiento, registro o investigación del pabellón o persecución y a la tripulación. La única restricción que hace la Convención de Ginebra en cuanto a los sujetos es que el sujeto activo debe ser un particular que actúa desde un barco o una aeronave privado

A diferencia de la regulación que se hace a nivel internacional, nuestro Código Penal no regula como acto de piratería el «amotinamiento», por lo tanto las tripulaciones de buques y aeronaves de guerra o del Estado no podrán ser considerados piratas en el caso en que se amotinen salvo que se apoderen de los buques y las aeronaves utilizando estos con fines ilícitos, a sensu contrario de lo que establece el artículo 15 estipulación segunda de la Convención de Ginebra, y el artículo 16 de la misma. El fundamento de esta norma es que el buque o la aeronave pierden la inmunidad que les confiere estar al servicio de un Estado por no prestar ya ese servicio y pasan a ser clasificados como «privados» .

Sujetos pasivos y objeto del delito del artículo 616 ter, serán una aeronave, buque u otro tipo de embarcación o plataforma en el mar o personas, cargamento o bienes . En el supuesto previsto en el artículo 616 quáter, el sujeto pasivo será la tripulación y los mandos de buques y aeronaves de guerra o del Estado⁶¹⁰ especialmente cuando se encuentren realizando misiones de apresamiento,⁶¹¹ registro o investigación del pabellón ⁶¹², o persecución ⁶¹³y a la tripulación

B) La acción típica

El artículo 616 ter castiga al que «se apodere, dañe o destruya». La acción de apoderar viene vinculada a la disponibilidad de los efectos sustraídos, y más que la real y efectiva, que supondría la entrada en la fase de agotamiento, debe tenerse en cuenta la ideal o potencial capacidad de disposición o realización de cualquier acto de dominio e la cosa sustraída. Daño, es el detrimento, perjuicio o menoscabo causado por culpa de otro en el patrimonio o la persona y destruir es reducir a pedazos o a cenizas algo material u ocasionarle un grave daño.

El artículo 616 quáter castiga al que «*se resistiere o desobedeciere*». Los conceptos de resistencia y desobediencia debemos buscarlos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

⁶⁰⁹ Interpretando *contrario sensu* el art. 16 de la Convención de Ginebra.

⁶¹⁰ Interpretando *contrario sensu* el art. 16 de la Convención de Ginebra.

⁶¹¹ Convención de Ginebra, artículo 21 ; Convención de Montego Bay, artículo 107.

⁶¹² Convención de Ginebra, artículo 22; Convención de Montego Bay, artículo 110.

⁶¹³ Convención de Ginebra, artículo 23; Convención de Montego Bay, artículo 111.

Las SSTs de 18 de marzo de 2000 y de 22 de diciembre de 2001 se refieren a la resistencia típica como aquélla consistente en el ejercicio de una fuerza eminentemente física, que supone el resultado exteriorizado de una oposición resuelta al cumplimiento de aquello que la autoridad y sus agentes conceptúan necesario, en cada caso, para el buen desempeño de sus funciones,(STS de 15 de marzo de 2003).

Por su parte, el auto del TS de 2 de abril de 2004, tras poner de manifiesto que existe un línea jurisprudencial que ha venido admitiendo el encuadre en el delito de resistencia de conductas de resistencia activa, dice que «de tales sentencias se deriva una ampliación del tipo de la resistencia, en el sentido de que es compatible este delito con actitudes activas del acusado; pero ello sólo cuando éstas sean respuesta a un comportamiento del agente o funcionario, por ejemplo –es el caso más frecuente–, cuando la policía trata de detener a un sujeto y éste se opone dando manotazos o patadas contra aquél. No cabe aplicar el delito de resistencia en los casos en que sin tal actividad previa del funcionario, es el particular el que toma la iniciativa agrediendo. En estos supuestos no cabe decir que el acusado se resistió de modo activo, sino que acometió uno de los supuestos previstos al definirse el atentado en el art. 550 CP

En cuanto a la desobediencia, esta requiere según la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo (Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 4 May. 2007, rec. 2114/2006):

- a) Un mandato expreso, concreto y terminante de hacer o no hacer una específica conducta, emanado de la autoridad o sus agentes y que debe hallarse dentro de sus legales competencias.
- b) Que la orden, revestida de todas las formalidades legales, haya sido claramente notificada al obligado a cumplirla, de manera que éste haya podido tomar pleno conocimiento de su contenido.
- c) La resistencia del requerido a cumplimentar aquello que se le ordena, lo que equivale a la exigible concurrencia del dolo de desobedecer, que implica que frente al mandato persistente y reiterado se alce el obligado a acatarlo y cumplirlo en una oposición tenaz, contumaz y rebelde, obstinada y recalcitrante;
- d) Se colma la tipicidad de la desobediencia cuando se adopta una reiterada y evidente pasividad a lo largo del tiempo y no se da cumplimiento al mandato.

C) Elemento subjetivo del tipo

El tipo penal regulado en el artículo 616 ter es un tipo esencialmente doloso en que no cabe su comisión imprudente. Este dolo se manifiesta en un propósito personal de lucro que va desde

aquellos actos en los que los piratas despojan de dinero y objetos de valor a la tripulación, pasando por el secuestro de los mismos, hasta el robo de todo el cargamento, e incluso, de la propia nave. Entendemos que por analogía a lo dispuesto en los arts. 15 CGAM y 101 CNUDM, el *animus ferendi* debe ser entendido de forma amplia, comprendiendo no sólo el ánimo de lucro en sentido estricto, sino también los actos motivados por sentimientos de odio, revancha o destinados a satisfacer una pasión sangrienta o a atraer la atención sobre problemas personales. No estarían comprendidos sin embargo, aquellos actos ilícitos de violencia, detención o depredación, de carácter político pues serían como hemos dicho antes, delitos de terrorismo internacional.

En cuanto al dolo exigible en el artículo 616 quáter, entendemos que al tratarse de conductas entre ellas la resistencia y la desobediencia, el elemento intencional, o tipo subjetivo, requiere que la acción agresiva se ejecuta cuando el sujeto activo ya tiene conocimiento de la cualidad y actividad del sujeto pasivo. Este dolo directo o indirecto de ofender o desconocer el principio de autoridad, que concurre cuando conociendo la condición del sujeto pasivo «acepta la ofensa de dicho principio como consecuencia necesaria cubierta por dolo directo de segundo grado» (STS de 31 de mayo de 1988, con cita de otras) matizándose que «la presencia de un *animus* o dolo específico... puede manifestarse de forma directa, supuesto de perseguir el sujeto con su acción la ofensa o menoscabo del principio de autoridad o de la función pública o merced al dolo de segundo grado, también llamado de consecuencias necesarias, cuando, aun persiguiendo aquél otras finalidades, le consta la condición de autoridad o funcionario del sujeto pasivo y acepta que aquel principio quede vulnerado por causa de su proceder» (STS 431/12994, de 3 de marzo; lo mismo en SSTs 602/1995, de 27 de abril y 231/2001, de 15 de febrero).

En cuanto a la violencia, intimidación, por violencia directa debemos de entender la inmediata, la «*vis in corpore*». No obstante la jurisprudencia y un importante sector de la doctrina admiten, en el delito de coacciones, otra indirecta, ejercida inmediatamente sobre cosas y que solo de modo mediato puede repercutir en personas. La violencia requerida para el robo es la propia (*vis phisica*) y directa (inmediata).

Sentado esto, cualquier género de violencia, con tal de que constituya medio comisivo de apoderamiento, es suficiente para integrar el delito de robo violento, tal como señala la jurisprudencia. Pero, como puntualiza la doctrina, no es necesario que tal violencia recaiga sobre el titular de la cosa, sino que puede afectar a un tercero que trate de impedir la sustracción o el apoderamiento. Lo decisivo siempre es que ese acto de violencia personal constituya un medio de realización del acto de apoderamiento de la cosa (STS de 16 diciembre de 1998). Tal conexión típica entre violencia personal y apoderamiento es lo que cualifica el robo violento, y se dará siempre que la violencia opere como medio consumativo, aunque se trate de una violencia sobrevenida al apoderamiento (casos de violencia sobrevenida son las SSTs de 19 de mayo de 1998 y de 4 de noviembre de 1998).

El TS define la intimidación afirmando que «se halla constituida por el anuncio de un mal inmediato, grave personal y posible que despierte o inspire en el ofendido un sentimiento de miedo, angustia o desasosiego ante la contingencia de un daño real o imaginario». Se trata de una *vis psíquica*, que exige la amenaza de un mal suficiente para reducir el temor deseado, más no la idoneidad lesiva del medio intimidatorio. Así ha estimado muchas veces el TS en las pistolas de imitación, si se confunden con las auténticas, y siendo medios idóneos para atemorizar a los ofendidos (STS de 16 de abril de 1986). Asimismo, la intimidación puede referirse contra el titular de la cosa o un tercero. Nótese que la violencia es una *vis physica* contra las personas, mientras que en la intimidación no llega a haber acometimiento personal, ni siquiera en la llevada a cabo por el uso de la fuerza material. Para el caso de que concurren ambas, violencia e intimidación, la segunda queda absorbida en la primera.

Por último y en cuanto al engaño, ante la ausencia de un concepto legal, la STS 161/2002, de 4 de febrero, dice que engaño es «la acción y el efecto de hacer creer a alguien, algo que no es verdad, y de forma análoga el Diccionario de la Real Academia estima por tal «falta de verdad en lo que se dice, hace, cree, piensa o discurre», y por engañar «dar a la mentira apariencia de verdad». Desde la perspectiva jurisprudencial, la STS de 23 de abril de 1992 (asunto síndrome tóxico), dice que el engaño sería toda afirmación como verdadero de un hecho en realidad falso o bien el ocultamiento o deformación de hechos verdaderos». El engaño puede concebirse a través de las más diversas actuaciones, dado lo ilimitado del ingenio humano y la ilimitada variedad de los supuestos que la vida real ofrece y puede consistir en toda una operación de puesta en escena» fingida que no responda a la verdad y, por consiguiente, constituye un dolo antecedente» (SSTS 809/2005, de 23 de junio, 1169/2006, de 30 de noviembre, 132/2007, de 16 de febrero, 368/2007, de 9 de mayo, 452/2011, de 31 de mayo y 243/2012, de 30 de marzo).

3.3. CRITERIOS DELIMITADORES DE LA COMPETENCIA

3.3.1. CASO ALAKRANA Y NEPHELI

El secuestro del atunero Alakrana ⁶¹⁴, constituye un claro ejemplo de piratería que reúne las características exigidas por la CNUDM, encontrándose en la línea de lo preceptuado por

⁶¹⁴ El día 2 de octubre de 2009, piratas de nacionalidad somalí, provistos de armas de fuego en aguas internacionales, abordaron y capturaron el buque Alakrana, atunero con base en Bermeo, que navegaba bajo pabellón español y cuya tripulación, y ello conviene subrayarlo, estaba compuesta por 16 ciudadanos españoles, además de otros 20 de diversas nacionalidades. Los piratas se hicieron con el mando de la embarcación y reclamaron una cantidad de dinero a cambio de la liberación. El 3 de octubre, la dotación de la fragata Canarias procedió a la detención de dos personas, nacionales de Somalia, que abandonaron el buque Alakrana y que supuestamente formaron parte del grupo agresor.

el Convenio SUA, en cuanto es un acto de violencia, detención y depredación, cometido con fin personal por un buque privado a otro buque, personas o bienes a bordo, en alta mar o en un lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado.

El 5 de octubre, el juez Baltasar Garzón ordena auto de prisión y traslado a España de los dos presuntos piratas. Durante días se especula sobre la mayoría de edad de uno de ellos y se practican las correspondientes pruebas. Finalmente, determinada su mayoría de edad el Ministerio Fiscal calificó definitivamente los hechos como constitutivos de un delito de asociación ilícita del art. 515.1 y 515.2 del Código Penal (C.P.), 36 delitos de detención ilegal bajo condición de los arts. 163 y 164 del C.P., y un delito de robo con intimidación en las personas y uso de armas (arts. 241.1 y 2 del C.P.), además de la correspondiente responsabilidad civil que se cuantificará en una indemnización conjunta y solidaria. La defensa solicitó la libre absolución.

El abordaje del buque Alakrana por piratas somalíes, y anteriormente el pesquero Nepheli, suscitaron una serie de problemas sustantivos y procesales, referidos fundamentalmente a la competencia de los tribunales españoles para conocer de ellos y cómo debían ser tipificados ya que en ese momento el delito de piratería no estaba incluido como delito en el Código Penal vigente, aunque sí en el proyecto de reforma del Código Penal de 1995 (BOE de 27 de noviembre de 2009).

La doctrina se hallaba dividida al respecto, de suerte que, frente a los que opinaban que al tratarse de delitos comunes (detención ilegal, secuestro, robo) la competencia nunca sería de la propia Audiencia Nacional, existía otro sector que consideraba que, en virtud de cuanto establecía la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (Montego Bay, 1982), no existía inconveniente legal alguno para calificar de piratería el abordaje de buques como el Alakrana y el Nepheli, lo que no conlleva, la condena por delito de piratería, sino por las figuras comunes de detención ilegal o secuestro, además de los posibles delitos conexos.

Este fue criterio de la Audiencia Nacional, tal y como se desprende, entre otros, y a modo de ejemplo, del auto del Juzgado Central de Instrucción nº 4 de la Audiencia Nacional de fecha 8 de mayo de 2009, y el más reciente de la Sala de lo Penal de 2 de noviembre de 2009, resolutorio de una cuestión de competencia entre el Juzgado Central de instrucción nº 1, de una parte, y el Juzgado Central de Menores, de otra. El Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en el caso Alakrana, después de calificar indiciariamente los hechos como constitutivos de un delito de secuestro del artículo 164 en relación con el 163.3 y de asociación ilícita del artículo 515, todos ellos del CP, entendió que, para el Derecho internacional, se trataría de un delito de piratería, con sujeción al artículo 3 del Convenio para la

represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima de 10 de marzo de 1988, y del artículo 101 de la Convención sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982, ratificada por España ⁶¹⁵

Asimismo, consideró la Sala que los tribunales españoles están investidos de jurisdicción, porque, de una parte, los hechos se ejecutaron a bordo de un buque español (principio de soberanía, artículo 23.1.º de la LOPJ), y, de otra, porque el artículo 6.º del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima obliga a los Estados (y ello conviene no olvidarlo) a establecer su jurisdicción respecto a los delitos de piratería cuando se cometan contra un buque que enarbole su pabellón ⁶¹⁶(como es el caso) cuando los hechos delictivos se ejecuten en su territorio y mar territorial o cuando el supuesto responsable sea nacional. Pero es que, además (según la propia Sala), el artículo 105 de la Convención sobre el Derecho del Mar faculta a todo Estado a perseguir y apresar, en alta mar

⁶¹⁵ En el Auto de 7 de mayo de 2009, el Juzgado Central de Instrucción nº 4 en su Fundamento Jurídico único dice lo siguiente: «El artículo 23 LOPJ prevé como de competencia de la jurisdicción española los delitos de piratería. Tales delitos se encuentran definidos en la Convención de Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1982, ratificada por Instrumento de 20 de diciembre de 1996, sobre Derecho del Mar. En la misma se establece: «Art. 101. Constituye piratería cualquiera de los actos siguientes: a) Todo acto ilegal de violencia o de detención o todo acto de depredación cometidos con un propósito personal por la tripulación o los pasajeros de un buque privado o de una aeronave privada y dirigidos: i) contra un buque o una aeronave en alta mar o contra personas o bienes a bordo de ellos; ii) contra un buque o una aeronave, personas o bienes que se encuentren en un lugar no sometido a la jurisdicción de ningún estado. b) Todo acto de participación voluntaria en la utilización de un buque o de una aeronave, cuando el que lo realice tenga conocimiento de hechos que den a dicho buque o aeronave el carácter de buque o aeronave pirata. c) Todo acto que tenga por objeto incitar a los actos definidos en el apartado a) o el apartado b) o facilitarlos intencionalmente». «Art. 105. Todo estado puede apresar, en alta mar o en cualquier lugar no sometido a la jurisdicción de ningún estado, un buque o aeronave pirata o un buque o aeronave capturada como consecuencia de actos de piratería que esté en poder de piratas, y detener a las personas e incautarse de los bienes que se encuentren a bordo. Los tribunales del estado que haya efectuado el apresamiento podrán decidir las penas que deban imponerse y las medidas que deban tomarse respecto de los buques, las aeronaves o los bienes, sin perjuicios de los derechos de los terceros de buena». A la vista de los hechos denunciados, existen indicios racionales y suficientes de que nos encontramos ante un crimen de piratería, según la misma es definida en el Tratado que se acaba de mencionar, siendo así que las acciones denunciadas pudieran ser constitutivas, de acuerdo con nuestra normativa de los delitos, de asociación ilícita, así como de detención ilegal con toma de rehenes, detención ilegal, coacciones, amenazas, robo con intimidación y otros previstos y penados en Código penal y de las actuaciones y a tenor de lo previsto en los artículos 502, 503, 505 y 506, y siendo físicamente imposible celebrar en plazo la comparecencia prevista en el artículo 505 de la citada Ley Procesal, por cuanto los detenidos se encuentran en alta mar y en dirección a territorio español.

⁶¹⁶ Los buques tendrán la nacionalidad del pabellón o bandera que estén autorizados a enarbolar. En España la Dirección General de la Marina Mercante posee un registro donde se inscriben los buques autorizados. Se consideran buques sin nacionalidad aquellos que navegan sin pabellón o bajo los pabellones de dos o más estados. Conviene tener claros también los siguientes conceptos: - Pabellón de complacencia: Hay determinados países donde los requisitos para el abanderamiento de buques son mínimos. Estos buques suelen inscribirse a nombre de sociedades instrumentales constituidas en paraísos fiscales. - Segundos Registros: Algunos países permiten un segundo registro como el Reino Unido con Gibraltar.

o en cualquier lugar no sometido a la jurisdicción de otro Estado, a un buque pirata o capturado por los piratas, y establece que, en caso de captura de la embarcación y de los posibles autores, la jurisdicción corresponde a sus tribunales⁶¹⁷.

En conclusión, para el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, España, y más en concreto la Audiencia Nacional, era competente para conocer el delito cometido por los presuntos piratas por una doble consideración:

- a) Porque se cometió a bordo de buque español, siendo indiferente a estos efectos que la bandera que llevaba en ese momento el pesquero Alakrana fuera la española o la ikurriña, cuestión esta meramente anecdótica, pues lo decisivo a estos efectos es la matriculación del buque.
- b) Y en virtud del principio de justicia universal.

No ocurrió lo mismo en el ataque a la embarcación «Nepheli». El seis de mayo de 2009, el buque de bandera panameña que navegaba por el Golfo de Adén, fue atacado por piratas somalíes, acudiendo en su ayuda el petrolero español Marqués de la Ensenada⁶¹⁸.

Mientras que en el secuestro del Alakrana, el Juzgado Central de Instrucción n.º 4 de la Audiencia Nacional de 8 de mayo del año 2009 rechazó la posibilidad de entregar a los piratas a su país de origen, según solicitó el Ministerio Fiscal asumiendo que era competente para el conocimiento de los hechos sin embargo en caso Nepheli, adoptó una resolución contraria declarándose incompetente.⁶¹⁹

⁶¹⁷ JUANES PECES. A. «Competencia de la audiencia nacional en los delitos de piratería», Aranzadi Civitas 2010, págs. 2 y ss.

⁶¹⁸ En el caso del buque pesquero «Nepheli», los hechos fueron los siguientes. Por el Cuartel General del estado Mayor de la Defensa se presentó escrito ante el juzgado de guardia en el que se informó que sobre las 10:30 horas del día 6 de mayo de 2009 se procedió a la detención de siete presuntos piratas, quienes, según consta en la documentación remitida, en la situación geográfica 1331 N/0484 E, habrían intentado realizar un acto de piratería contra la embarcación referida, de bandera panameña, al intentar su abordaje, realizando al efecto disparos intimidatorios con armas de fuego, resultando que, al realizar la embarcación maniobras disuasorias, golpeó a la embarcación que estaba intentando el abordaje, haciéndola volcar y quedando los asaltantes asidos a la embarcación volcada. Los detenidos son recogidos por la fragata española Marqués de la Ensenada, que comunica al Juzgado Central Instrucción n.º 4 los hechos.

⁶¹⁹ El auto, en el Fundamento jurídico primero del mencionado auto se dice literalmente: «Dos son las peticiones formuladas por el Ministerio Fiscal: La primera consiste en que se deje sin efecto la prisión provisional de los detenidos. Por imperativo legal, y en absoluta disconformidad con el criterio de que este juzgado habría mantenido, dada la gravedad de los hechos que se imputan a los detenidos, la indiscutible competencia de este órgano judicial y de la jurisdicción española para su enjuiciamiento, y el no previsible, sino absolutamente probable riesgo de fuga que concurre en el presente caso, no cabe otra medida que acordar la libertad provisional de los detenidos [...]. La segunda de las peticiones se refiere a la entrega a Kenia de los detenidos, petición cuya admisión por este juzgado quebrantaría los principios constitucionales básicos del proceso y las garantías de quienes al mismo se ven sujetos. El artículo 13 de nuestra Constitución, la Ley

Es interesante traer a colación los razonamientos que recoge el Ministerio Fiscal en su escrito inicial solicitando la prisión provisional de los detenidos y que transcribimos a continuación.

«Constituye el delito de piratería un delito contra la comunidad universal perseguible por todos los países por el principio de jurisdicción universal (Convenio de Ginebra de 29 de abril de 1958 y Convención de Naciones Unidas de Montego Bay de 1982, que en su artículo 101 establece el deber de todos los Estados de cooperar en la represión de la piratería en alta mar y fija en su artículo 111, y en el artículo 23 de la Convención de Ginebra, el derecho de persecución. En estos términos, el artículo 23.4.c) LOPJ recoge el principio de jurisdicción penal universal para el delito de piratería, atribuyendo la competencia a la jurisdicción española, y en concreto a la Audiencia Nacional, al tratarse de un delito cometido en el extranjero, según establece el artículo 65.1.e) LOPJ».

Posteriormente, el propio Ministerio Fiscal solicitó que se dejara sin efecto la prisión provisional para su posterior entrega a Kenia, petición esta rechazada por el Juzgado Central n.º 4 con fundamento en el artículo 13 CE, la ley de extradición pasiva, ley 4/1985 de 21 de Marzo (artículos 2 a 5) y los artículos 824 y ss. LECrim.

Dicho esto, cabe plantear, a su vez, si el Gobierno podría haber entregado a los piratas a Kenia, sobre la base de la decisión del Consejo de Europa de 23 de febrero de 2009 relativa al canje de notas entre la Unión Europea y Kenia, acordada dentro del marco de la acción común 2008/85 PES de la decisión que establece: «Kenia aceptará, a petición de la fuerza naval dirigida por la Unión Europea EUNAPVFOR, la entrega de personas detenidas en relación con actos de piratería».

Esta es la opinión de un sector doctrinal, en la que se posicionan GIMBERNAT ORDEIG y JUANA PECES⁶²⁰. Este último consideraba que no existía inconveniente legal alguno. Cuestión distinta era si, una vez entregado los piratas a la Audiencia Nacional, ésta podía declinar su competencia a Kenia.

3.3.2. LA OPERACION ATALANTA

La piratería ha planteado siempre conflictos jurisdiccionales que han obligado a reforzar la colaboración en la Unión Europea con el objeto de «disuadir, prevenir y reprimir» la pira-

de Extradición Pasiva y los artículos 824 y siguientes de la LECrim. Exigen que las autoridades judiciales de España, para la entrega de cualquier persona a otro país en aras a su enjuiciamiento, sigan una serie de trámites procesales que en ningún caso pueden obviarse, tal y como pretende el Ministerio Fiscal [...]».

⁶²⁰ JUANES PECES. A. «Competencia de la Audiencia Nacional en los delitos de piratería» Aranzadi Civitas 2010, páginas 12 y ss.

tería en el Océano Indico, en la que se conoce como «Operación Atalanta» y se ha convertido en la primera misión naval de la historia de la Unión Europea⁶²¹.

Los barcos como regla general, gozan de inmunidad respecto a la jurisdicción de todo país que no sea de su pabellón. Sin embargo, en virtud del Derecho internacional, un buque de guerra, aeronave militar o cualquier otro buque o aeronave debidamente autorizado puede aproximarse a cualquier embarcación en aguas internacionales a fin de verificar si son fundadas sus sospechas de que está practicando o ha practicado actos de piratería. Pero puede ocurrir que la embarcación sospechosa al percatarse de ello intente escaparse.

Es de destacar que el art. 105 de la CNUDM que expresamente preceptúa «todo Estado puede apresar, en alta mar o en un lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado, un buque o aeronave pirata o un buque o aeronave capturado como consecuencia de actos de piratería que esté en poder de piratas, y detener a las personas e incautarse de los bienes que se encuentren a bordo. Los Tribunales del Estado que haya efectuado el apresamiento podrán decidir las penas que deban imponerse y las medidas que deban tomarse respecto de los buques, las aeronaves o los bienes, sin perjuicio de los Derechos de los terceros de buena fe». Sin perjuicio del Derecho de apresamiento de los buques piratas, cuando un buque o aeronave sea apresado por sospechas de piratería, sin motivos suficientes, lo que deberá ser decidido por los tribunales del Estado de la bandera del buque captor, el Estado que haya apresado será responsable ante el Estado de la nacionalidad del buque o de la aeronave, de todo perjuicio o daño causado por la captura, de conformidad con lo expresado por el artículo 106 de la Convención sobre Derecho del Mar de 1982.

Estos preceptos habilitan pero no obligan a los Estados a apresar a un buque pirata o en manos de piratas cuando se encuentre en alta mar o en un lugar no sometido a jurisdicción, sin embargo, en aguas sometidas a soberanía o jurisdicción, según el Derecho Internacional, solo el Estado ribereño podrá ejercer las funciones de policía y luchar contra los actos de violencia, detención o depredación cometidos contra los buques. Si un buque pirata, al huir de la persecución de un buque de guerra o aeronave militar, abandona las aguas internacionales para ingresar en el mar territorial, aguas archipelágicas de otro país, este buque militar o ae-

⁶²¹ LA OPERACION ATALANTA, es la primera operación aeronaval de la Unión Europea creada en diciembre de 2008 y dirigida a asegurar el tráfico marítimo en el Golfo de Aden y de los buques del Programa Mundial de Alimentos para Somalia. Reino Unido, Países Bajos, Italia, Grecia, Alemania, Francia y España tienen desplegados más de 1.800 militares que se dedican a rastrear las aguas en busca de esqui- fes piratas, para alertar a los buques que estén en la zona y proceder a la detención de los sospechosos. Además, otros cinco países -Finlandia, Suecia, Chipre, Malta e Irlanda- aportan personal militar al centro de operaciones, situado en Northwood (Reino Unido). En total, la UE tiene desplazadas allí 11 fragatas y tres aviones de rastreo P3-Orion.

ronave militar deberá realizar todos los esfuerzos posibles para obtener el consentimiento del país cuya soberanía se extienda sobre dicho mar territorial, aguas archipelágicas o espacio aéreos a fin de poder continuar la persecución.

La inviolabilidad de la integridad territorial de los Estados soberanos convierte en un asunto de gravedad la decisión de un buque de guerra o aeronave militar de continuar la persecución en tales aéreas sin dicho consentimiento. Sin embargo, la naturaleza internacional del delito de piratería puede permitir la continuación de la persecución si no pudiera establecer un contacto oportuno con el Estado ribereño a fin de obtener su consentimiento.

En el ámbito Europeo, la norma básica en esta materia la constituye la Acción Común 2008/851 PESC, que en su redacción originaria, el mandato a la operación ATALANTA, tenía por objeto capturar, retener y entregar a los presuntos piratas con vistas a su ulterior enjuiciamiento y se limitaba a las personas que hubieran cometido o fueran sospechosas de haber cometido actos de piratería o robos a mano armada. En su redacción ulterior se incluyó también a las personas sospechosas de tener la intención de cometer y de estar cometiendo dichos delitos. Es decir, mientras que en su redacción originaria, el artículo 2.e) de la Acción Común⁶²² parecía exigir que el delito de piratería se hubiera consumado para poder capturar y entregar a la justicia a los presuntos delincuentes, tras su modificación, permitió también la detención y entrega de quien tan sólo sea sospechoso de realizar actos preparatorios del delito de piratería, y también de quien lo haya intentado sin éxito. En definitiva, amplió el referido mandato a la proposición, la conspiración y la provocación (actos preparatorios), así como a la tentativa y el delito frustrado (formas imperfectas de ejecución) de piratería o de robo a mano armada.

El artículo 12.1 de la Acción Común 2008/851 PESC, determina que la competencia la ostentan los tribunales del Estado del pabellón que enarbole el buque de guerra que realice la captura de los presuntos piratas. No obstante, se permite que dicho Estado, si no puede o no desea ejercer su jurisdicción, pueda cederla a otro Estado miembro o a un tercer Estado que desee ejercerla.

Por otro lado el apartado h) del artículo 2, contiene el mandato, dirigido a la fuerza actuante en la detención, de recoger datos de las personas implicadas en el delito de piratería –en alguna de las formas señaladas en el artículo 2 e)–, relativos a características que puedan servir para identificarlas, tales como las impresiones dactilares,⁶²³ y el apartado i) da parti-

⁶²² Decisión 2010/766/PESC del Consejo, de 7 de diciembre de 2010.

⁶²³ En concreto, dicho apartado determina que a los efectos de hacer circular los datos por los canales de Interpol y de cotejarlos con los que figuren en las bases de datos de esta organización, (ATALANTA) transmitirá a la Oficina Central Nacional (OCN) de la Organización Internacional de Policía Criminal – Interpol

cipación a la Interpol para la investigación y el seguimiento tanto de la piratería como de su posible vinculación con otros delitos internacionales (tráfico de armas, terrorismo..etc.)

En el seno de esta operación, la Unión Europea suscribió acuerdos, con Kenia y la República de Seychelles para que los presuntos piratas capturados Pudieran ser entregados y enjuiciados en dichos Estados. Ambos acuerdos han sido aprobados por el Congreso y el Senado españoles.⁶²⁴

Por último, señalar que tras los sucesos del 11 de septiembre de 2001, en los que se utilizaron aeronaves como armas, y ante la posibilidad de que un navío pudiera ser utilizado para tal fin y la ausencia de previsión al respecto en la Convención de Roma de 1988, la Asamblea General de N.U. decidió celebrar la Conferencia Diplomática sobre Protección Marítima que se llevó a cabo en diciembre de 2002, estableciéndose la conveniencia de que se adoptasen medidas de protección de buques y puertos encaminadas a evitar que la navegación se convirtiera en un blanco más del terrorismo internacional. Ello conduciría a la actualización de la Convención de Roma y del Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental. En este sentido se adoptó, como ya había adelantado, en 2005 un Protocolo a la Convención de Roma con el objetivo de dar una definición más amplia de las infracciones penales que ésta contempla en su artículo 3 y de introducir provisiones en el artículo 8 que permitiesen el abordaje de naves cuando estas resulten sospechosas de estar involucradas en actividades terroristas. De este modo, con la modificación se va a ampliar la lista de delitos y las posibilidades de visitas a buques por Estados parte distintos de aquel cuyo pabellón enarbola el navío sospechoso cuando existan

situada en el estado miembro en que se haya establecido el Cuartel General de la Operación, de conformidad con las disposiciones que se acuerden entre el Comandante de la Operación y el Jefe de la OCN, los siguientes datos: datos personales de las personas a que se refiere la letra e) relativos a características que puedan servir para identificarlas.

⁶²⁴ Por Decisión 2009/877/PESC del Consejo (DOUE L 315, de 2 de diciembre de 2009), se aprueba la firma y la aplicación de forma provisional, a la espera de su celebración en una fecha posterior, del Canje de Notas entre la Unión Europea y la República de Seychelles sobre las condiciones y modalidades de entrega de sospechosos de piratería y robo a mano armada por EUNAVFOR a la República de Seychelles y de su trato después de dicha entrega. En este Canje de Notas el Gobierno de la República de Seychelles declara que podrá autorizar a EUNAVFOR a entregarle los sospechosos de piratería y robo a mano armada capturados en el transcurso de sus operaciones en la zona económica exclusiva y en las aguas territoriales, archipiélagos e interiores de la República de Seychelles. Esta autorización se hace extensiva a la protección de buques que enarbolan pabellón de Seychelles, así como a los ciudadanos de este país que se encuentren a bordo de buques que no enarbolan pabellón de Seychelles situados más allá del límite mencionado, y en cualquier otra circunstancia en alta mar que determine la República de Seychelles. De hecho España, aun antes de que las Cortes españolas aprobaran el acuerdo celebrado entre la Unión Europea y Kenia, hizo uso del mismo y entregó a las autoridades de dicho estado a los catorce presuntos piratas detenidos por el buque de la Armada «MARQUES DE LA ENSENADA», no sin que se produjeran ciertas tensiones en el seno de las diligencias judiciales abiertas por el Juez Central de Instrucción n.º 4 (diligencias previas 127/2009 y 128/2009)

motivos razonables para considerar que dicho buque o una persona a bordo de él ha cometido, está cometiendo o va a cometer cualquiera de los delitos enunciados en el Convenio.

En este Convenio dio luz verde a que los gobiernos, las autoridades portuarias y administrativas, los dueños de buques, navieros, capitanes y tripulaciones deben tomaran todas las medidas oportunas para prevenir actos ilícitos cometidos contra la seguridad de la navegación marítima, que pusieran en peligro vidas humanas inocentes, o que amenazaren la seguridad de las personas y la propiedad.

En conclusión, aunque el principio de soberanía y territorialidad es la regla general de atribución de competencia, cabe afirmar que la jurisdicción del pabellón del buque no constituye un principio de valor universal. En primer lugar y desde el punto de vista de la normativa internacional, no cabe desconocer que, para que proceda el reconocimiento de la nacionalidad de los buques, «ha de existir una relación auténtica entre el Estado y el buque» (art. 91.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecho en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982) relación que, en principio, no cabe reconocer en los denominados pabellones de conveniencia cuando, como sucede con mucha frecuencia, responden a planteamientos exclusivamente fraudulentos, con fines delictivos, pretendiendo dificultar la persecución de los mismos.

En segundo lugar, porque en algunos delitos, como el tráfico de estupefacientes, la Convención Unica de 1961, sobre Estupefacientes, por su parte, establece, en su artículo 36 en el apartado 2 iv) que «los referidos delitos graves cometidos en el extranjero, tanto por nacionales como por extranjeros, serán juzgados por la parte en cuyo territorio se haya cometido el delito, o por la parte en cuyo territorio se encuentre el delincuente». Y, en el apartado 3, se precisa que las disposiciones del presente artículo estarán limitadas por las disposiciones del Derecho penal de la arte interesada, en materia de jurisdicción. Y, en el apartado 4, que «ninguna de las disposiciones del presente artículo afectará el principio de que los delitos a que se refiere han de ser definidos, perseguidos y castigados de conformidad con la legislación de cada parte». Y finalmente, porque en la Convención de las Naciones Unidas, de 20 de diciembre de 1988, contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, se establece, en su art. 4, apartado 1 que «cada una de las Partes:

(...) b. Podrá adoptar las medidas que sean necesarias para declararse competente respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3:

- i) Cuando el delito sea cometido por un nacional suyo o por una persona que tenga su residencia habitual en su territorio (...)

- ii) Cuando el delito sea uno de los tipificados de conformidad con el apartado iv) del inciso c) del párrafo 1 del art. 3 y se cometa fuera de su territorio con miras a perpetrar en él uno de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3».
- iii) y, en su apartado 3, que «la presente Convención no excluye el ejercicio de las competencias penales establecidas por una Parte de conformidad con su Derecho interno».

3.3.3. LA COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES DESPUES DE LAS REFORMAS DE LA LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL DE 1 DE JULIO DE 1985.

Tras la reforma de la LOPJ por ley 1/2009 y teniendo pues en cuenta toda la normativa citada, así como los distintos apartados del artículo 23 LOPJ la competencia de los órganos judiciales españoles para conocer del delito de piratería marítima, quedó definida de la siguiente manera :

«4. Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos: Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.

Sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles. El proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreseerá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados en el país o por el Tribunal a los que se refiere el párrafo anterior.

Partiendo del texto, se podían diferenciar varios supuestos:

1. Delito de piratería cometido en aguas interiores, mar territorial o zona contigua españolas: competencia de los tribunales españoles, cualquiera que sea la nacionalidad del buque pirata o del buque o plataforma atacados.
2. Delito de piratería cometido a bordo de buques o aeronaves españoles: En principio resultarían competentes los tribunales españoles en virtud del principio de territorialidad determinado en el apartado 1 del artículo 23 LOPJ, si bien, si el

delito se cometiere en alta mar o en espacio marítimo no sometido a jurisdicción de ningún Estado, tal competencia cedería a favor del Estado del pabellón del buque de guerra o aeronave militar (u otros de Estado debidamente autorizados) que hubieren realizado el apresamiento del buque pirata, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 105 CNUDM. Si éste Estado renunciara al ejercicio de su jurisdicción, o simplemente no la ejerciera, resultarían nuevamente competentes los tribunales españoles.

3. Delito de piratería en el que las víctimas sean españolas, o los presuntos responsables se encuentren en España, o se constate algún otro vínculo de conexión relevante con España: en principio la competencia correspondería a los tribunales españoles, en virtud de lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 23 de la LOPJ, si bien, al igual que en el caso anterior, si el delito se cometiere en alta mar o en espacio marítimo no sometido a jurisdicción de ningún Estado, tal competencia cedería a favor del Estado del pabellón del buque de guerra o aeronave militar (u otros de Estado debidamente autorizados) que hubieren realizado el apresamiento del buque pirata, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 105 CNUDM. Si éste Estado renunciara al ejercicio de su jurisdicción, o simplemente no la ejerciera, resultarían competentes los tribunales españoles.
4. Delito de piratería en el que el apresamiento del buque pirata lo realiza un buque de guerra o aeronave militar (u otros de Estado debidamente autorizados) españoles: aun cuando no exista ninguna otra vinculación -del delito, los presuntos delincuentes o las víctimas- con España, siempre que el apresamiento se haya efectuado en alta mar o en lugares no sometidos a la jurisdicción de ningún Estado, la competencia para su enjuiciamiento correspondería a los tribunales españoles, en virtud de lo dispuesto en el artículo 105 de la CNUDM.
5. Supuesto especial de los apresamientos de piratas producidos en el seno de la operación ATALANTA (incluso dentro del mar territorial de Somalia): Como hemos señalado más arriba, en virtud de lo dispuesto en el artículo 12 de la Acción Común 2008/851 PESC, la competencia atrayente la ostentan los tribunales del Estado del pabellón que enarbole el buque de guerra que realice la captura de los presuntos piratas. No obstante, se permite que dicho Estado, si no puede o no desea ejercer su jurisdicción, pueda cederla a otro Estado miembro o a un tercer Estado que desee ejercerla.

Tras la reforma operada por la Ley 1/ 2014 y como ya hemos analizado *supra*, la persecución de los delitos de piratería marítima y aérea se condicionan a que el autor sea español

o que las víctimas sean españolas, naveguen bajo bandera española o se encuentren en instalaciones ubicadas en la plataforma continental de España. Desaparece así la posibilidad de persecución de cualquier delito de piratería cuando la víctima no sea española, no navegue bajo pabellón español o no se encuentre en una instalación ubicada en la plataforma continental española.

3.4. ABORDAJE DE EMBARCACIONES EN ALTA MAR

3.4.1. CONCEPTO DE BUQUE COMO DOMICILIO A EFECTOS DE REGISTRO EN LOS CASOS DE DELITO FLAGRANTE

El abordaje de un buque plantea problemas legales que sintetizamos en este epígrafe. Debemos comenzar por definir buque y así se entiende por buque, según el Diccionario de la Real Academia⁶²⁵ «barco con cubierta, que por su tamaño, solidez y fuerza es adecuado para navegaciones o empresas marítimas de importancia», y al barco, como «vaso de madera, hierro u otra materia, con aparato adecuado para impulsarlo, que flote y pueda transportar por el agua personas o cosas» .

En la doctrina mercantil española, GARRIGUES DIAZ CAÑABETE, J.,⁶²⁶ excluye los buques de navegación fluvial limitando el concepto a la navegación marítima y en alta mar. En el campo del Derecho Internacional marítimo, AZCARRAGA BUSTAMANTE J.L.⁶²⁷ después de plantear las dificultades que aportan los progresos de la técnica en orden a la navegación y flotabilidad define el barco como la embarcación que flote y que sea apta para navegar en diversas modalidades.

ARROYO MARTINEZ, I. ⁶²⁸ se refiere a una noción de buque, en sentido más amplio, como cualquier construcción destinada a la navegación, superada la consideración de buque como medio de transporte y la exclusión de la navegación por aguas interiores.

En el Derecho Penal, QUEROL Y DURAN⁶²⁹ da un concepto penal de buque que doctrinalmente es muy aceptable. Se necesita la flotabilidad (que no basta, pues también flotan

⁶²⁵ Diccionario de la Real Academia Española, Vigésima edición, editorial Espasa Calpe, Madrid, 1992.

⁶²⁶ GARRIGUES DIAZ CAÑABETE, J. «Curso de derecho mercantil», México. Porruá.1993.

⁶²⁷ AZCARRAGA BUSTAMANTE, J. «Derecho del mar», Alcalá de Henares, 1983, págs. 10 y ss.

⁶²⁸ ARROYO MARTINEZ, I. «Legislación marítima y fuentes complementarias», Madrid, Editorial Tecnos, 1994, páginas 15 y siguientes.

⁶²⁹ QUEROL Y DURAN, F. «Principios de Derecho Militar Español», Tomo I, Editorial Naval, Madrid, 1948.

los hidroaviones), la navegabilidad (se excluyen así los pontones y diques flotantes), la unidad (los aparatos auxiliares de una nave no son buques) y el destino marítimo (que excluye los buques fluviales).

Conforme al Convenio sobre el Reglamento Internacional para prevenir los abordajes, hecho en Londres el 20 de octubre de 1972 y a los efectos de este Reglamento, excepto cuando se indique lo contrario podemos entender como buque :

- a) La palabra «buque» designa a toda clase de embarcaciones, incluidas las embarcaciones sin desplazamiento y los hidroaviones, utilizadas o que puedan ser utilizadas como medio de transporte sobre el agua.
- b) La expresión «buque de propulsión mecánica» significa todo buque movido por una máquina.
- c) La expresión «buque de vela» significa todo buque navegando a vela siempre que su maquinaria propulsora, caso de llevarla, no se esté utilizando.
- d) La expresión «buque dedicado a la pesca» significa todo buque que esté pescando con redes, líneas, aparejos de arrastre u otros artes de pesca que restrinjan su maniobrabilidad; esta expresión no incluye a los buques que pesquen con curricán u otro arte de pesca que no restrinja su maniobrabilidad.
- e) La palabra «hidroavión» designa a toda aeronave proyectada para maniobrar sobre las aguas.
- f) La expresión «buque sin gobierno» significa todo buque que por cualquier circunstancia excepcional es incapaz de maniobrar en la forma exigida por este Reglamento y, por consiguiente, no puede apartarse de la derrota de otro buque.
- g) La expresión «buque con capacidad de maniobra restringida», significa todo buque que, debido a la naturaleza de su trabajo, tiene reducida su capacidad para maniobrar en la forma exigida por este Reglamento y, por consiguiente, no puede apartarse de la derrota de otro buque.

En cuanto al acto del abordaje, la Real Academia define abordar como «1.- Llegar a una embarcación a otra, chocar o tocar a ella, ya sea para embestirla, ya sea para cualquier otro fin, ya por descuido, ya fortuitamente «2.- Atracar una nave a un desembarcadero, muelle o batería «y abordaje como «Acción de abordar o chocar un barco contra otro, especialmente con la intención de abordarlo.⁶³⁰

⁶³⁰ Diccionario de la Real Academia Española, Vigésima edición, editorial Espasa Calpe, Madrid, 1992.

Pese a su enorme importancia y trascendencia, la institución del abordaje no se encuentra definida en el Código de Comercio, ni en la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante, ni en ningún otro texto jurídico positivo español, ni tan siquiera en los Tratados o Convenios Internacionales que regulan la materia. Muchas y variadas han sido las definiciones que se han dado del abordaje, no obstante, pueden distinguirse dos tipos de definiciones: las de tipo sintético que se limitan a dar una idea esencial y las de tipo descriptivo que optan por enumerar los elementos básicos.

El Tribunal Supremo tuvo oportunidad de dar un concepto de abordaje, acudiendo a una definición de tipo descriptiva en su Sentencia de 6 de diciembre de 1929, en la que señaló que «el abordaje puede acaecer entre dos embarcaciones, cualquiera que sea su clase o tamaño, por acercamiento, encuentro o choque más o menos violento de una a otra embarcación, pero siempre sobre la base de hallarse las dos naves separadas, independientes una de la otra, con libertad de movimientos, nunca ligadas entre sí y con relación de cierta dependencia de cualquiera de ellas con relación a la otra».

La doctrina española es unánime al definir el abordaje como el «choque entre dos buques que cause daños».⁶³¹ Es preciso por lo tanto, que el choque produzca daños, pues el abordaje sin consecuencias patrimoniales carece de relevancia para el Derecho privado. Este vacío legal, a pesar de la importancia histórica de esta institución, ha sido colmado en buena medida por nuestra doctrina y Jurisprudencia, lo cual no impide que se haga necesaria la delimitación jurídica del ámbito de la misma.⁶³²

Partiendo de lo anterior, pueden considerarse como elementos integrantes del concepto de abordaje: el buque, choque violento, producción de un daño e independencia de las naves entre sí, debiéndose añadir un aspecto territorial, el lugar donde se produjo el choque.

⁶³¹ Para el mercantilista MARTIN OSANTE, J.M «Régimen jurídico del abordaje en la propuesta del anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima. Año (2004)», pág. 24. Acerca del abordaje ver también por el mismo autor «La Responsabilidad Civil del Naviero», año 2001, Ed. Servicio Central de Publicaciones del País Vasco) .

⁶³² En Enero de 2008 se encontraba en tramitación parlamentaria la Propuesta de Anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima, en adelante Anteproyecto, elaborada en el seno de la Sección Especial para la Reforma del Derecho de la Navegación de la Comisión General de Codificación, Sección de Derecho Mercantil. Pues bien, el mencionado Anteproyecto sí que recoge un concepto de abordaje en el art. 397.1: «Se entiende por abordaje el choque entre dos buques, embarcaciones o artefactos, del que resulten daños para alguno de ellos o para las cosas o personas embarcadas». Se trata de una definición que recoge los elementos del abordaje señalados por la doctrina mayoritaria y por la jurisprudencia.

El Convenio sobre el Reglamento Internacional para prevenir los abordajes, hecho en Londres el 20 de octubre de 1972 no define el abordaje pero sí habla de «alcanzar» y así en su artículo 13 dispone: Buque que «alcanza».

- a) No obstante lo establecido en las Reglas de esta Sección, todo buque que alcance a otro se mantendrá apartado de la derrota del buque alcanzado.
- b) Se considerará como buque que alcanza a todo buque que se aproxime a otro viniendo desde una marcación mayor de 22,5 grados a popa del través de este último, es decir que se encuentre en una posición tal respecto del buque alcanzado que de noche solamente le sea posible ver la luz de alcance de dicho buque y ninguna de sus luces de costado.
- c) Cuando un buque abrigue dudas de si está alcanzando o no a otro, considerará que lo está haciendo y actuará como buque que alcanza.
- d) Ninguna variación posterior de la marcación entre los dos buques hará del buque que alcanza un buque que cruza, en el sentido que se da en este Reglamento, ni le dispensará de su obligación de mantenerse apartado del buque alcanzado, hasta que lo haya adelantado completamente y se encuentre en franquía.

Ahora bien, como doctrina procesal y dado que el abordaje se realiza para el registro de la nave, a fin de comprobar si se están llevando a cabo actos ilícitos, los posibles Derechos fundamentales vulnerados serían, por asimilación, el derecho a la inviolabilidad del domicilio y la intimidad, que protege el artículo 18 de la CE y que además podrían dar lugar a responsabilidad penal y civil.

Sin embargo, no puede considerarse que el abordaje, por sí mismo, suponga una vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio ⁶³³ del art. 18.2 CE que conllevaría la aplicación del artículo 11.1 de la LOPJ, y la consecuente nulidad de actuaciones y sobre la base de la infracción de las ya citadas Convenciones de Naciones Unidas firmadas en Montego Bay el 10-12-1982, sobre el Derecho del Mar, y en Viena el 20-12-1988 relativo al tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.

⁶³³ Debe recordarse que si bien un buque forma un todo, integrando el domicilio de sus tripulantes, no es óbice para, y según los casos, poder diferenciar claramente zonas ajenas por completo al desarrollo de la intimidad en su más pura esencia. En un buque mercante, con zonas destinadas ex profeso al transporte, sendas bodegas a proa y popa. Tales circunstancias, el hecho mismo de que lo depositado en las citadas bodegas fueran contenedores de 40 pies, excluye que los citados compartimentos, tanto por naturaleza como por destino funcional, puedan calificarse de domicilio; sin que la eventualidad de concurrencia de otras zonas del buque donde se desarrolle la intimidad pueda extender su especial protección al conjunto, excepción hecha de un análisis jurídico caracterizado por un artificio ajeno al concepto constitucional. (STS. 13 Mar. 1999).

Algunos autores relacionan ese Derecho fundamental con la vida privada, mientras otros lo hacen con la intimidad.⁶³⁴ No obstante, si hay que diferenciar conceptualmente entre las expresiones vida privada e intimidad para determinar el ámbito de protección, a los efectos de este trabajo vamos a considerar por «vida privada (o privacidad)», el ámbito de aspectos de la vida que una persona desea sustraer del conocimiento público o general e intimidad,, es decir a aquellos ámbitos de la vida de una persona que la misma no desea poner en conocimiento de terceros o que, eventualmente, sólo desea compartir con personas determinadas⁶³⁵.

Evidentemente los ámbitos público, privado e íntimo son esencialmente mutables debido a que, como expresa MALEN. J, se trata de conceptos normativos.⁶³⁶ Esta precisión permite afirmar que mientras el Derecho fundamental a la intimidad personal y familiar del artículo 18.1 de la Constitución española protege la intimidad, la inviolabilidad del domicilio del artículo 18.2 protege la vida privada.⁶³⁷

Por lo tanto, dentro de la protección a la vida privada que otorga la Constitución Española en el artículo 18, el núcleo duro de tal protección viene constituido por el concepto de domicilio.

Y así señala la Sentencia del Tribunal Supremo 624/2002, de 10 Abril, que *«resulta de todo evidente que una embarcación puede constituir, en efecto, la morada de una o varias*

⁶³⁴ Entre los que afirman que la inviolabilidad del hogar protege la vida privada puede citarse a MARTINEZ VALLEJO FUSTER, B. «La intimidad exteriorizada. Un bien jurídico a proteger» en Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante 1993, Núm. 13 ver especialmente págs. 197 a 199. Entre los que sostienen que el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio protege la intimidad se encuentra, por ejemplo, MILINA GUAITA, H. «Derecho constitucional», LexisNexis, Santiago de Chile, sexta edición, 2006, pág. 216.

⁶³⁵ En similar sentido, RIOS LABBE, S. «La protección civil del derecho a la intimidad» LexisNexis, Santiago de Chile, 2003, pág. 3, para quien la función de la intimidad es «permitir a la persona reservar un ámbito de su vida para sí mismo –ser dejado tranquilo– con el fin de vivir de una manera grata –disfrutar de la vida–, libre de perturbaciones o injerencia de terceros sobre sus hábitos y costumbres, sus actividades cotidianas, su reposo, su propio cuerpo, su imagen, en fin, sobre su persona toda».

⁶³⁶ Para MALEM SAÑE, F. «Privacidad y mapa genético» en Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho [on line], abril de 1995, Núm. 2 [citado 24 diciembre 2007], págs. 170 y 171, que «la noción de privacidad sea normativa explica por qué determinadas acciones que en un momento determinado pertenecían al ámbito de lo público puedan pasar institucionalmente al ámbito de lo privado, y viceversa».

⁶³⁷ En este sentido se pronuncia MARTINEZ DE VALLEJO FUSTER, B. «La intimidad exteriorizada. Un bien jurídico a proteger» en Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante 1993, Núm. 13 pág. 199, cuando afirma que «el derecho a la intimidad del art. 18.1 de 1978 tiene como objeto de protección a la «intimidad» en su significado estricto señalado, mientras que el derecho al honor, al nombre, a la imagen, a la inviolabilidad del domicilio, o al secreto de las comunicaciones serían múltiples y específicas manifestaciones de la privacidad». La conexión entre inviolabilidad del domicilio y vida privada junto a la distinción entre esta última e intimidad permiten desechar la perspectiva de MOLINA GUAITA, H. Derecho constitucional, LexisNexis, Santiago de Chile, sexta edición, 2006, pág. 216, para quién la inviolabilidad del hogar es una libertad que se inscribe en la esfera de la intimidad.

personas cuando la utilicen como reducto de su vida privada, pues sin duda están construidas tales embarcaciones de forma que algunas de sus dependencias, como los camarotes, resultan aptas para que en las mismas se desarrollen conductas o actividades propias de áreas de privacidad, pero resulta dificultoso extender el concepto de domicilio en todo caso a otras zonas de aquélla. Nada impide que determinadas zonas del barco se destinen específicamente a otros fines distintos de los propios del domicilio, como puede ocurrir con la cubierta, utilizada en las maniobras náuticas o como lugar de esparcimiento, o las bodegas, utilizadas exclusivamente para la carga, o la zona de máquinas, y en estos casos no se puede extender indiscriminadamente a estas zonas del barco la misma protección que la Constitución otorga al domicilio, pues no pueden entenderse aptas con carácter general para la vida privada.»

Igualmente en sentencia núm. 1200/1998, de 9 Octubre señala *«en el barco existen áreas propias y reservadas al ejercicio de la intimidad personal, que son precisamente las únicas protegidas por el Derecho fundamental consagrado en el artículo 18.2 de la Constitución. Las demás zonas de la embarcación, destinadas a otras finalidades, no gozan de la protección que la Constitución dispensa al domicilio, aunque se trate de lugares respecto de los cuales su titular pueda excluir válidamente la presencia de terceros.»*

Por su parte el Tribunal Constitucional, resaltando el carácter de base material de la privacidad (STC 22/1984), considera que el domicilio es un *«espacio apto para desarrollar vida privada»* (STC 94/1999, de 31 de mayo F. 4), un espacio que *«entraña una estrecha vinculación con su ámbito de intimidad»*, *«el reducto último de su intimidad personal y familiar»* (STC 22/1984, STC 60/1991 y 50/1995, STC 69/1999, de 26 de abril y STC núm. 283/2000, de 27 de noviembre).

Vemos pues que la protección dispensada al domicilio aquellos lugares en los que, permanente o transitoriamente, desarrolle el individuo esferas de su privacidad alejadas de la intromisión de terceros no autorizados.

Por otro lado, el artículo 8 del Convenio Europeo de protección de los Derechos Humanos señala que:

«1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia..No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los Derechos y las libertades de los demás».

El TEDH ha reiterado en su doctrina que *«las excepciones que plantea el párrafo 2 del artículo 8 requieren una interpretación estricta y [que] su necesidad en un caso dado debe*

haber sido probada de manera convincente»⁶³⁸ El Tribunal señala, igualmente, que debe asegurarse de la existencia de garantías adecuadas y suficientes contra los abusos.

En la STEDH de 27 de septiembre de 2005 (Caso Petri Sallinen y otros contra Finlandia), el Tribunal señala que, como ya ha decidido repetidamente, la noción de «domicilio» en el artículo 8.1 abarca no solamente el domicilio privado de una persona. Recuerda que la palabra «domicile» en la versión francesa del artículo 8 tiene una connotación más amplia que la palabra «home» (en la versión inglesa). El Tribunal recuerda que de acuerdo con la jurisprudencia de las instituciones del Convenio en relación con el artículo 8.2 del Convenio, el término «Ley» debe ser entendido en su sentido «sustantivo», no en su sentido «formal».

En nuestro país, autores como ARAGON REYES,⁶³⁹ considera que el concepto de domicilio está íntimamente ligado al de privacidad, pero no debe protegerse toda privacidad sino un reducto de ella limitado al aspecto físico del bien jurídico protegido y al mismo tiempo considerado con amplitud suficiente para no quedar restringido al sentido de morada.⁶⁴⁰

GARCIA TORRES⁶⁴¹ se opone a identificar domicilio a través de la noción de intimidad y sostiene, en consecuencia, un entendimiento amplio de domicilio a efectos constitucionales. Para los penalistas ANTON ONECA Y RODRIGUEZ MUÑOZ lo difícil es dar un concepto unívoco sobre domicilio, debida a su especial naturaleza, pues esta sometido a todo tipo de restricciones y ampliaciones, dependiendo del momento histórico y consideran la casa habitada como morada, mientras que morada no es sólo casa habitada.⁶⁴²

El domicilio o morada es la prolongación especial no solo de la seguridad, sino además de la dignidad de la persona, siendo la inviolabilidad del domicilio un Derecho natural

⁶³⁸ Crémieux contra Francia, Sentencia de 25 febrero 1993 [TEDH 1993, 9], serie A núm. 256-B, pág. 62, ap. 38, y Roemen y Schmit contra Luxemburgo [TEDH 2003, 11], núm. 51772/1999, ap. 68, CEDH 2003-IV).4 y 55, serie A núm. 28, Lambert contra Francia de 24 agosto 1998 [TEDH 1998, 40], ap. 31, Repertorio de sentencias y decisiones 1998-V, y Matheron contra Francia, núm. 57752/2000, ap. 35, 29 marzo 2005 [JUR 2005, 102244]).

⁶³⁹ ARAGON REYES, M. «La inviolabilidad de domicilio». Revista española de derecho constitucional. Año 1998, pág. 353.

⁶⁴⁰ ARAGON REYES, M. «La inviolabilidad de domicilio». Revista española de derecho constitucional. Año 1998, pág. 353.

⁶⁴¹ GARCIA TORRES. J. «Derechos fundamentales y relaciones entre particulares», Madrid: Civitas, 1986. Libro homenaje al profesor Rubio Lorente, páginas 317 y ss.

⁶⁴² A estas doctrinas ya clásicas aluden entre otros GONZALEZ TREVIJANO, J.M. en la «inviolabilidad del domicilio» Editorial Tecnos, año 1992, pág. 124 y ESPIN TEMPLADO, E. «El fundamento y alcance del derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio», Revista del Centro de Estudios Constitucionales de págs. 48 y ss.

y fundamental de toda persona. Este Derecho está íntimamente relacionado con el Derecho a la libertad personal al reconocerse la imposibilidad de penetrar en el mismo sino es con la voluntad de su titular.

LAMARCA PEREZ ha sostenido que los domicilios susceptibles de intervención podría ser potencialmente todos sin excepción, si se acepta, partiendo de la individualización que el art. 55.2 CE exige, que sólo un órgano judicial puede realizar tal individualización con plenas garantías⁶⁴³

Justamente por vincular la inviolabilidad de domicilio a la intimidad, MATIAS PORTILLA, F.J. ⁶⁴⁴ niega, frente a la doctrina del Tribunal Constitucional que sean titulares de ese Derecho las personas jurídico-privadas.

El TC, en la Sentencia 137/1985, de 17 de octubre, ya consideró que el domicilio de una persona jurídica también debía ser protegido constitucionalmente, pero no concretó su alcance espacial. La STC 69/1999, de 26 de marzo, dio el paso adelante decisivo, pero limitándolo a «ciertos espacios que, por la actividad que, en ellos se lleva a cabo, requieren de una protección frente a la intromisión ajena». Según el TC, tienen la consideración de domicilio constitucionalmente protegido «los espacios físicos que son indispensables para desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas, por:

- Constituir el centro de dirección de la sociedad o de un establecimiento dependiente de la misma.
- O servir a la custodia de los documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento que quedan reservados al conocimiento de terceros». No es necesario que concurren ambas circunstancias en ese espacio físico, sino que es suficiente con una de ellas.

ARAGON REYES⁶⁴⁵ discrepa de esta última opinión ya que entiende, como el Tribunal Constitucional, aunque éste con cierta imprecisión, que no es la intimidad personal el bien jurídico protegido por el Derecho a la inviolabilidad de domicilio y por ello no pueden trasladarse las características del Derecho del art. 18.1 a las del Derecho del artículo 18.2.

⁶⁴³ LAMARCA PEREZ, El tratamiento jurídico del terrorismo, ob. cit., pág. 416.

⁶⁴⁴ Sobre este tema ver también MATIAS PORTILLA, F.J. «El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio»; prólogo de Paloma Biglino Campos, Madrid, 1997.

⁶⁴⁵ ARAGON REYES, M. «La inviolabilidad de domicilio», Revista española de derecho constitucional. Año 1998, pág. 353.

En el caso de los registros en los buques o naves marítimas, el problema se plantea con respecto a los camarotes, los cuales y por analogía pueden ser considerados «domicilio» a efectos de registro. Siguiendo la interpretación que viene sosteniendo nuestro Tribunal Constitucional, no todo buque puede considerarse domicilio, siendo para ello preciso que se trate de un «espacio apto para desarrollar vida privada»⁶⁴⁶, dado que «el núcleo esencial del domicilio constitucionalmente protegido es el domicilio en cuanto morada de las personas físicas y reducto de su intimidad personal y familiar», circunstancias que no pueden apreciarse en embarcaciones destinadas a cometidos que en principio no son compatibles con la idea misma de privacidad⁶⁴⁷. Esta doctrina resulta compatible con el bien jurídico que es protegido del delito de allanamiento de morada, que es la intimidad.

En este sentido sirve de ejemplo la STC 103/2002, de 17 de junio (FJ 3), que afirma que la nave en cuestión, un pesquero, no puede asimilarse al domicilio, pues «según se dice en el relato fáctico, en ella los propietarios faenaban habitualmente la pesca del pulpo con nasas». Según se infiere de esta discutible sentencia, los buques pesqueros, por su propia condición, no pueden considerarse domicilio a efectos de protección constitucional.

Respecto a los buques de recreo, también la cuestión ofrece dudas, aunque en principio no debería haber problemas para asimilarlos al domicilio, siempre que se den las circunstancias antes comentadas. Esta no es, sin embargo, la posición adoptada en algunos casos por el Tribunal Supremo Español, que no siempre admite la aplicación de lo dispuesto en el art. 561 LECr a los buques deportivos⁶⁴⁸.

La distinción entre diversos tipos o clases de buques a efectos de residenciar en ellos o no un ámbito de intimidad digno de protección constitucional no parece que obedezca a un criterio seguro ni razonable, pues ni la clase ni el tamaño del buque implican necesariamente que a bordo vaya a poder desplegarse una actividad humana merecedora de privacidad: en buques muy pequeños pueden existir espacios habilitados para ello y en buques enormes no, y tampoco las características técnicas de la embarcación resuelven el discernimiento de esta cuestión de manera determinante.

La discriminación entre las diferentes naves ha de hacerse de acuerdo con otros criterios. En este sentido, nuestra jurisprudencia ha empezado, con acierto, a introducir en los últimos diez años el matiz importante de la «finalidad concreta» o el «uso específico» que

⁶⁴⁶ STC 94/1999, de 31 de mayo, FJ 4.

⁶⁴⁷ STC 228/1997, de 16 de diciembre, FJ 7.

⁶⁴⁸ STS de 3 de diciembre de 2003.

se le dé a la nave. Así, en una embarcación de recreo podría predominar el aspecto de lugar destinado a la vida personal y familiar, aunque ello no ocurriría si la embarcación se estuviera utilizando para el transporte de mercancías ilícitas, y no para la finalidad de convivencia. Este concepto «finalista» de domicilio se ha empleado también a la hora de calificar o no como tal a un vehículo a motor; el TC precisa en numerosas ocasiones que un vehículo automóvil del que se dispone exclusivamente como medio de transporte no encierra un espacio en cuyo interior se ejerza o desenvuelva la esfera privada de un individuo.

En este punto, cabe preguntarse si es el buque como tal el que está protegido por el Derecho constitucional, o bien determinados espacios físicos dentro del mismo. Sobre este aspecto, parece evidente que el buque, en sí mismo considerado como un todo, no es equiparable al domicilio, sino sólo determinados espacios que pueden existir en él, si reúnen las necesarias características de privacidad e intimidad.⁶⁴⁹

Estos requisitos obligan a delimitar, dentro del todo que es el buque, distintos espacios físicos según el grado de intimidad que en ellos desarrollen los tripulantes o pasajeros. De esta forma, lugares reservados, como los camarotes, merecen la calificación de domicilio, mientras que el resto de los espacios del buque deben ser asimilados a las zonas comunes de un inmueble, como el portal o las escaleras, que caen fuera del concepto de morada a efectos penales y del de domicilio a efectos constitucionales. Siguiendo la línea argumentativa de esta y otras sentencias de nuestro Tribunal Supremo,⁶⁵⁰ el camarote sólo puede considerarse domicilio si configura un espacio acotado y con capacidad para ser cerrado, mediante puertas, escotillas u otro elemento separador si bien no es necesario que esté cerrado en todo momento, sino que pueda estarlo. Debe ser, además, un lugar donde una persona vive o trabaja, con carácter fijo o transitorio, y donde cabe el desarrollo libre de la personalidad.⁶⁵¹ Las

⁶⁴⁹ STS de 9 de octubre de 1998.

⁶⁵⁰ En este sentido la Sentencia de 18 de octubre de 2006, invocada por los recurrentes, recogiendo la doctrina de las Sentencias 624/2002 de 10 de abril y 919/2004 de 12 de julio, se refiere al modo en que se construyen las embarcaciones donde algunas dependencias, como los camarotes, resultan aptas para que en las mismas se desarrollen conductas o actividades propias de áreas de privacidad, aunque resulta difícil extender el concepto de domicilio en todo caso a otras zonas de la embarcación, como puede ocurrir con la cubierta, utilizada en las maniobras náuticas o como lugar de esparcimiento, o las bodegas, utilizadas exclusivamente para la carga, o la zona de máquinas, que no pueden entenderse aptas, con carácter general, para la vida privada. En definitiva las áreas propias y reservadas al ejercicio de la intimidad personal son precisamente las únicas -como dice la Sentencia 1200/1998 de 9 de octubre-, protegidas por el derecho fundamental consagrado en el art. 18.2 de la Constitución Española. Las demás zonas de la embarcación, destinadas a otras finalidades, no gozan de la protección que la Constitución dispensa al domicilio, aunque se trate de lugares respecto de los cuales su titular puede excluir válidamente la presencia de terceros.

⁶⁵¹ STS de 11 de octubre de 1993.

demás zonas de la embarcación, destinadas a otras finalidades, no gozan de la protección que la Constitución dispensa al domicilio, aunque se trate de lugares en los que su titular pueda excluir válidamente la presencia de tercero.⁶⁵²

Antes de continuar con el abordaje como acto procesal, debemos traer a colación la nueva doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en torno al delito flagrante como delimitador del Derecho fundamental contenido en el artículo 18.2 CE ya que el Derecho español es el único en el entorno europeo que conecta la inviolabilidad de domicilio con el delito flagrante.⁶⁵³

Y así el STC 341/1993 analiza el flagrante delito desde la perspectiva constitucional, diferenciando el delito flagrante procesal, en referencia a un procedimiento especial, el abreviado (art. 779 LECr) y el constitucional, que es el contenido en el artículo 18.2 CE y desarrollado en el artículo 553 LECr, sirve para delimitar el Derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

La aportación que el Tribunal Constitucional realiza, en relación al artículo 18.2 CE, es que la noción constitucional de flagrante delito exige, al menos, evidencia del delito y urgencia.

Esta idea contenida en la sentencia ha provocado un análisis en profundidad de la noción legal de delito flagrante y de cómo ha afectado a su utilización como criterio delimitador de un Derecho fundamental. Es decir, el Tribunal Constitucional exige para que pueda hablarse de delito flagrante de tres elementos: inmediatez personal, inmediatez temporal y urgencia. Y así contrario a como se venía entendiendo, el delito flagrante no es una *notitia*

⁶⁵² En este sentido SSTS de 10 de abril de 2002 y de 19 de septiembre de 2005. En esta última, se estudia el abordaje de un buque en alta mar y la ocupación de droga por el Servicio de Vigilancia Aduanera, que procedió a un registro exhaustivo del interior de la nave, pero sin entrar en ningún momento en los camarotes u otras zonas reservadas.

⁶⁵³ Como han hecho notar GONZALEZ-TREVIJANO, P.J. La inviolabilidad del domicilio, Madrid, Tecnos, 1992, pág. 225, y DEL ROSAL BLASCO, B. «El concepto de delito flagrante en la Ley de Seguridad Ciudadana», en La Ley, año XIV, núm. 3.183, de 26 de enero de 1993, pág. 2. En general, la disparidad de tratamiento que recibe el régimen constitucional de la inviolabilidad domiciliaria en los diversos estados pertenecientes a la Comunidad Europea ha sido puesta de manifiesto por el abogado general MISCHO, J. en sus Conclusiones generales relacionadas con los asuntos Hoechst, Dow Benelux N. V. y Dow Chemical Ibérica y otros (Rec. 1989, págs. 2875 y sigs.). Sobre este problema y en general sobre la concepciones que el Tribunal de Justicia comunitario y el Tribunal Constitucional español mantienen de la inviolabilidad del domicilio, véase el trabajo de quien escribe estas líneas «Derecho comunitario y Derecho nacional: la protección de la inviolabilidad del domicilio», en Revista General de Derecho, 573 (1992), págs. 5165 y ss. Véase también el artículo 71.2 CE, sobre la inmunidad de los parlamentarios, que permite que éstos sean detenidos solamente en caso de flagrante delito.

criminis, sino una determinada singular forma de *notitia criminis*, basada en percepción sensorial. Por último, el Tribunal Constitucional analiza en esta resolución un concreto tipo de ilícito penal, los relacionados con drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

Sin embargo, la argumentación aducida por el Tribunal Constitucional en la sentencia comentada no agota ni los problemas que la vinculación entre inviolabilidad del domicilio y el delito flagrante puede presentar.

Desde una perspectiva normativa, el artículo 553 LECrm establece que «Los Agentes de Policía podrán, asimismo proceder de propia autoridad a la inmediata detención de las personas cuando haya mandamiento de prisión contra ellas, cuando sean sorprendidas en flagrante delito, cuando un delincuente, inmediatamente perseguido por los Agentes de la Autoridad, se oculte o refugie en alguna casa o, en casos de excepcional y urgente necesidad, cuando se trate de presuntos responsables de las acciones a que se refiere el artículo 384 bis, cualquiera que fuese el lugar o domicilio donde se ocultasen o refugiasen, así como al registro que, con ocasión de aquélla, se efectúe en dichos lugares y a la ocupación e instrumentos que en ellos se hallasen y que pudieran guardar relación con el delito perseguido. Del registro efectuado, conforme a lo establecido en el párrafo anterior, se dará cuenta inmediata al Juez competente, con indicación de las causas que lo motivaron y de los resultados obtenidos en el mismo, con especial referencia a las detenciones que, en su caso, se hubieran practicado. Asimismo se indicarán las personas que hayan intervenido y los incidentes ocurridos».

Importante en este supuesto es determinar que se entiende por delito flagrante a efectos de la entrada y registro sin autorización judicial. La STS de 29 de marzo de 1990 estableció que el concepto de delito flagrante a los efectos del artículo 18.2 Constitución y del artículo 553 LECrm queda delimitado por tres requisitos:

- Inmediatez temporal del fenómeno/hecho criminal. El delito se ha de estar cometiendo o se ha de haber cometido instantes antes.
- Inmediatez personal referida a la relación espacial entre el sujeto y el objeto o los instrumentos del delito. El delincuente se ha de encontrar allí en situación tal con relación al objeto o a los instrumentos del delito que ofrezca una prueba de su participación en el hecho.
- Necesidad urgente de intervención con el fin de detener al delincuente o preservar fuentes de prueba, así como para poner término a la situación existente impidiendo la propagación del mal. El Tribunal Supremo en ocasiones ha definido el delito flagrante como aquello que «está ardiendo o resplandeciendo», es la in-

fracción que se está cometiendo de manera singularmente escandalosa y ostentosa, lo que hace precisa una inmediata intervención a fin de que cese el delito y sus efectos.

TERRADILLOS BASOCO,⁶⁵⁴ señala que mientras en la anterior resolución se refiere la presencia de tres premisas: 1) de forma excepcional, 2) en supuestos absolutamente imprescindibles y 3) caracterizados por la urgencia, en la redacción literal del art. 553 LEcrim encontramos que tales argumentos son reconducidos a los casos de excepcional o urgente necesidad.

Anteriormente al establecimiento de lo que se entiende por delito flagrante según establece el artículo 795.1.^a de la LECrm, el único intento legal de acotar tal significado tuvo lugar con la redacción del artículo 21.2 de la LO 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana, si bien fue anulado por inconstitucional en la STC 341/1993, de 18 de noviembre, ofreciendo esta resolución en su Fundamento Jurídico 7.º B las razones para anular aquel precepto permitiendo a la vez establecer unos criterios de referencia a la hora de valorar la nota de flagrancia.

Establece el artículo 795.1.^a que se entenderá por delito flagrante el que se estuviere cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto. Se entenderá sorprendido en el acto no sólo al delincuente que fuere detenido en el momento de estar cometiendo el delito, sino también al detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen. También se considerará delincuente in fraganti aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido el delito con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en él.

A juicio de GIMBERNAT ORDEIG⁶⁵⁵, por delito flagrante hay que entender no aquel que se percibe sensorialmente que se va a realizar dentro de un domicilio, sino aquel otro que independientemente de si el conocimiento de su posible comisión se ha adquirido o no mediante la percepción, supone la lesión inminente de un bien jurídico. Solo en estos casos urgentes, en los que recabar la autorización judicial supondría la lesión irreversible de bienes protegidos, sería posible, sobre la base de una ponderación de intereses (se conculca la

⁶⁵⁴ TERRADILLOS BASOCO, «Terrorismo y derecho: comentario a las leyes orgánicas 3 y 4 de reforma del Código Penal y de la ley de enjuiciamiento criminal», editorial Tecnos 1998, pág. 115.

⁶⁵⁵ FERNANDEZ EMTRALGO, J. «¡Pase sin llamar...! El artículo 21.2 de la LO 1/1992», en AA. VV.: Seguridad ciudadana. Materiales de reflexión crítica sobre la ley Corcuera, Valladolid, Eii Trotta, 1993, pág. 39, nota 8, en referencia al artículo de ENRIQUE GIMBERNAT en ABC de 18 de agosto de 1991, siempre en la misma dirección.

intimidación domiciliaria para salvar la libertad o la vida) el allanamiento policial sin mandato de entrada o registro. GOMEZ COLOMER aboga por un concepto de flagrancia más sencillo: «El delito es flagrante cuando se comete delante de testigos y a la luz pública, ya que en definitiva y etimológicamente, es flagrante lo que se quema, es decir, lo que resplandece, lo que es manifiesto, en suma, lo que se ve».⁶⁵⁶

Otros autores como ESCRICHE MARTIN⁶⁵⁷, señala que «Denominase así el delito que se ha cometido públicamente y cuyo perpetrador ha sido visto por muchos testigos al tiempo mismo en que lo consumaba. Flagrante es participio activo del verbo flagar, que significa arder o resplandecer como fuego o llama y no deja de aplicarse con cierta propiedad al crimen que se descubre en el mismo acto de su perpetración. Se dice que un delincuente es cogido en flagrante cuando se le comprende en el mismo hecho, como en el acto de robar o con las cosas robadas en el mismo lugar que se ha cometido robo, o en el acto de asesinar o con la espada teñida en sangre en el lugar del asesinato. Todo delincuente puede ser arrestado en flagrante, y todos pueden arrestarle y conducirlo a la presencia del juez...»

ALONSO DE ANTONIO ⁶⁵⁸ afirma que «el mal llamado delito flagrante supone, por tanto, la percepción sensorial directa o el conocimiento inmediato del mismo susceptible de remediar, total o parcialmente, sus efectos», sino que, por el contrario, se defiende que la noción constitucional de flagrancia exige percepción directa en todo caso, ya sea por descubrir a una persona cometiendo un delito, ya sea por sorprender al delincuente con los efectos o instrumentos del mismo». Desde esta perspectiva, no podría admitirse que una entrada domiciliaria provocada por el conocimiento de la comisión de un delito pudiera justificarse en la existencia de un delito flagrante.⁶⁵⁹

⁶⁵⁶ GOMEZ COLOMER, J.L. «Prueba prohibida e interpretación de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo», Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Anuario de Derecho penal 2008, pág. 107 y ss.

⁶⁵⁷ FERNANDEZ ENTRALGO, J. «¡Pase sin llamar...! El artículo 21.2 de la LO 1/1992», en AA. VV.: Seguridad ciudadana. Materiales de reflexión crítica sobre la ley Corcuera, Valladolid, Eii Trotta, 1993, pág. 39, nota 8, en referencia al artículo de ENRIQUE GIMBERNAT en ABC de 18 de agosto de 1991, siempre en la misma dirección.

⁶⁵⁸ ALONSO DE ANTONIO, A.L. «El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978», Madrid, Colex, 1993, pág. 154.

⁶⁵⁹ De esta afirmación no se puede colegir que tal entrada fuera siempre inconstitucional, sino sólo, y más correctamente, que no podría apoyarse en la noción de flagrante delito. El derecho fundamental a la inviolabilidad es, como todo Derecho, limitado y puede ser eventualmente sacrificado en aras de la protección de un bien constitucional más importante. Aunque en el campo de los límites de los derechos no es necesaria la regulación previa (sino la ponderación del conflicto), algunas normas prevén dichos límites. Entre éstas, debe destacarse el artículo 491 del Código Penal que permite realizar entradas domiciliarias para, entre otros extremos, evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero o el artículo 21.3 LOPSC, que permite que cualquiera penetre en un domicilio para, entre otros supuestos, evitar daños inminentes y graves a las personas (extremo éste que también ha sido puesto de manifiesto en FERNANDEZ SEGADO,

Por su parte HORVITZ LENNON y LOPEZ MASLE⁶⁶⁰ señala con referencia a la detención por delito flagrante que «es una forma de detención que, por regla general, se practicará en lugares y recintos de libre acceso público. Nada obsta, sin embargo, a que pueda realizarse por la policía en un determinado edificio o lugar cerrado, al que se haya ingresado con el consentimiento de su propietario o encargado, o en cumplimiento de una orden de entrada y registro»

ROMERO MUZA expresa en su texto "Los criterio definitorios de la flagrancia, por la doctrina que ha examinado en detalle la materia, son en general los de «evidencia» e «inmediatez», o bajo una denominación similar los de «ostensibilidad» y «coetaneidad o inmediatez», caracterizaciones definitorias que han tenido efectiva recepción en la jurisprudencia de los tribunales. La coetaneidad caracteriza al delito que se está actualmente cometiendo; la inmediatez refiere, por su parte, al que acaba de ser cometido. De este modo, el sujeto es detenido in fraganti cuando está cometiendo ahora mismo el delito, o cuando sólo ha transcurrido un instante desde que lo cometió, de modo que su detención ocurre al instante, en seguida o sin tardanza».⁶⁶¹

Otro autor como CISTERNA PINO señala «La palabra flagrante viene del latín *flagrans* – *flagrantes*, participio del presente del verbo *flagare*, que significa "arder o quemar como fuego o llama", de tal modo que delito flagrante es- siguiendo esta imagen o metáfora- aquel que resplandece, salta a la vista, que es groseramente vistoso y ostensible.»⁶⁶²

Por último URIARTE VALIENTE / FARTO PIAY, señalan «De acuerdo al artículo 795.1.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tras la reforma del 24 de octubre de 2002

F. «El sistema constitucional español», Madrid, Dykinson, 1992, pág. 227). Como se acaba de señalar, una persona que entra en morada ajena para, por ejemplo, salvar la vida de su ocupante, no tendría que acudir al artículo 491 para eximir su responsabilidad. Aunque este precepto no existiera, parecería lógico pensar que la inviolabilidad del domicilio debe ser vulnerada para salvaguardar la vida del ocupante. También contempla la existencia de posibles entradas no previstas expresamente en la Constitución DIAZ DELGADO, J. (como las que pueden seguir a incendios o inundaciones), en «La autotutela ejecutiva, la inviolabilidad del domicilio y la intervención judicial», en Poder Judicial, 16 (1985), pág. 22. El propio Tribunal Constitucional ha aludido a las hipótesis que generan causas de justificación, como puede ocurrir con «el estado de necesidad» (STC 22/1984/5, de 17 de febrero).

⁶⁶⁰ FERNANDEZ ENTRALGO, J. «¡Pase sin llamar...! El artículo 21.2 de la LO 1/1992», en AA. VV.: Seguridad ciudadana. Materiales de reflexión crítica ¿sobre la ley Corcuera, Valladolid, Eii Trotta, 1993, pág. 39, nota 8, en referencia al artículo de ENRIQUE GIMBERNAT en ABC de 18 de agosto de 1991, siempre en la misma dirección.

⁶⁶¹ FERNANDEZ ENTRALGO, J. «¡Pase sin llamar...! El artículo 21.2 de la LO 1/1992», en AA. VV.: Seguridad ciudadana. Materiales de reflexión crítica ¿obre la ley Corcuera, Valladolid, Eii Trotta, 1993, pág. 39, nota 8, en referencia al artículo de ENRIQUE GIMBERNAT en ABC de 18 de agosto de 1991, siempre en la misma dirección.

⁶⁶² CISTERNA PINO, R. «La Detención por Flagrancia en el Nuevo Proceso Penal», Editorial Librotecnia pág. 22.

(Ley 38/2002 y Ley Orgánica 8/2002), señala que «se considerará delito flagrante el que se estuviese cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto. Se entenderá sorprendido en el acto no sólo al delincuente que fuere detenido en el momento de estar cometiendo el delito, sino también al detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen. También se considerará delincuente infraganti aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido un delito con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en él.⁶⁶³

Lo cierto es que la flagrancia ha de responder a una situación excepcional, y la perpetración delictiva en el ámbito del domicilio habrá de resultar de una percepción evidenciada, no basta, pues, con meras sospechas o conjeturas de su realización, ni tan siquiera con un «conocimiento fundado», finalmente, dada aquella constatación delictiva, la inmediatez de la intervención policial ha de presentarse como indispensable, bien para la evitación de la consumación delictiva, bien de la huida de los culpables o desaparición de los vestigios delictivos. Estos mismos criterios constitucionales han sido ulteriormente reproducidos en distintas sentencias de nuestro Tribunal Supremo, entre otras la 1315/1995, de 29 de diciembre, o la 448/1997, de 4 de marzo, en las que se ha suscitado esta misma cuestión.

3.4.2. MARCO LEGAL DE ACTUACION. REQUISITOS FORMALES

Analizaremos a continuación los requisitos formales, exigidos por la mayor parte de la doctrina⁶⁶⁴, del abordaje y registro de buques en alta mar realizados por funcionarios de la policía judicial, con habilitación para ello, distinguiendo entre buques extranjeros y españoles y con especial referencia al delito de tráfico de sustancias estupefaciente y psicotrópicas, dada su habitualidad.

1.º Autoridad competente para autorizar el registro. Excepciones.

Para buques españoles, se requerirá autorización judicial para la interceptación, abordaje y registro, así como para la detención de sus tripulantes. La resolución judicial adoptará la

⁶⁶³ SANZ MARQUES, L. «Las actuaciones de investigación e instrucción extrafronterizas» CORRALES ELIZONDO, A. «Regulación Jurídica del Corso y la Piratería Marítima». Revista de Historia Naval, Editorial Naval; Madrid, 2004. QUINTANO RIPOLLES, A. «Curso de Derecho Penal Español», Parte Especial, Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1963, pags. 589 y ss.

⁶⁶⁴ SANZ MARQUES, L. «Las actuaciones de investigación e instrucción extrafronterizas» CORRALES ELIZONDO, A. «Regulación Jurídica del Corso y la Piratería Marítima». Revista de Historia Naval, Editorial Naval; Madrid, 2004. QUINTANO RIPOLLES, A. «Curso de Derecho Penal Español», Parte Especial, Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1963, págs. 589 y ss.

forma de Auto fundado. La petición para obtener la resolución autorizante de tales actividades, debe ser motivada, no basada nunca en sospechas, sino que debe constar de indicios con sus correspondientes fuentes, pues en caso contrario devendría nula.

Para buques extranjeros, el art. 561 LECrim establece que «Tampoco podrá entrar y registrar en los buques mercantes extranjeros sin la autorización del Capitán, o, si éste la denegare, sin la del Cónsul de su nación.» En los buques extranjeros de guerra, la falta de autorización del Comandante se suplirá por la del Embajador o Ministro de la nación a que pertenezcan.»

Como excepción a lo establecido en el art. 561.1 LECrim, estarían, los veleros al no tratarse de buques mercantes (STS núm. 968/2001, de 29 de mayo), y los supuestos de flagrancia delictiva y desconocimiento de la identificación de la embarcación objeto de abordaje.

Tratándose de un delito flagrante y considerando que ello no puede ser obstáculo para el buen fin de las actuaciones, procederá autorizar judicialmente el abordaje, si bien la autoridad policial, tan pronto como conozca la identidad del barco y de su tripulación, lo deberá poner en conocimiento de los consulados o representaciones diplomáticas respectivas, pues en tales supuestos se deberá actuar como si la embarcación fuera española, al tener por finalidad el abordaje que la sustancia estupefaciente sea intervenida, y no sea arrojada al mar, y pueda trasladarse a puerto español, teniendo en cuenta, además, que la cooperación internacional constituye uno de los compromisos y propósitos fundamentales de los convenios internacionales para la prevención y represión del tráfico ilícito de drogas (art. 2.1 de la Convención de Viena de 1988), y no cabe la menor duda de que una resolución judicial, debidamente fundada, responde cabalmente a tales finalidades, que, evidentemente, no podrían alcanzarse nunca si, en estos supuestos, hubiera que actuar en un modo rigurosamente formalista y, en último término, incompatible con el objetivo principal de los acuerdos internacionales sobre la materia.⁶⁶⁵

La Sentencia 473/2001, de 26 Mar., declara que «el artículo 561 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que para la entrada y registro de mercantes extranjeros se precisa la autorización del capitán o, si éste la denegare, la del cónsul de su nación, que se ha de entender ser la del pabellón ostentado por el barco, y el artículo 97 de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de Montego Bay, de 1982, señala que son las autorida-

⁶⁶⁵ El abordaje y apresamiento de la nave exige que la autorización exista, pero no requiere de constancia documental de esa existencia en poder de los agentes que realizan la interceptación y captura del barco. Esta autorización del país de abanderamiento, de otra parte, atañe a las exigencias internacionales de respeto a la territorialidad de los buques en aguas internacionales, no a derechos individuales como la inviolabilidad domiciliaria o el derecho a la intimidad o a la defensa.

des del pabellón de la bandera del barco las que pueden autorizar abordajes y apresamiento del mismo, lo que complementa el artículo 17 de la Convención de Naciones Unidas de represión del tráfico de estupefacientes, de Viena, de 1988, al decir que el Estado del pabellón podrá autorizar a abordar e inspeccionar una nave. «

Por otro lado, el art. 110 del citado Convenio, regula el llamado «Derecho de visita» que permite a las autoridades del pabellón del barco cursar las autorizaciones oportunas para el Derecho de «visita en alta mar» y de «abordaje» por causa de comisión delictiva.

2.º Solicitud de autorización.

El artículo 17 de la Convención de Viena de Naciones Unidas de 20 de diciembre de 1988 contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas –de igual manera el artículo 35 de la Convención Unica de 1961 enmendada por Protocolo de 25 marzo 1972, instrumentos ratificados por España– imponen para verificar el abordaje de una embarcación, el conocimiento y autorización del Estado cuyo pabellón ostenta, por imposiciones del principio de territorialidad, que actúa como límite *al ius puniendi* y a la investigación penal de los Estados distintos al del pabellón⁶⁶⁶.

En cuanto a la forma en que se debe solicitar dicha autorización, nada impide que tal solicitud se realice de forma verbal, vía telefónica, puesto que los Tratados no exigen en ningún momento la formulación escrita de la misma, pudiendo cursarse ésta a través de la representación diplomática de un país intermediario, cuando no pueda localizarse al representante del Estado de abanderamiento, siempre, claro está, que la citada forma de comunicación quede acreditada ante los Tribunales.

En nuestro ordenamiento resulta esencial para llevar a cabo la entrada y registro la autorización judicial. Señala ZAMARRIEGO FERNANDEZ, trayendo a colación la citada STC

⁶⁶⁶ En análisis de la Sentencia 2218/2001, de 10 Dic., no pueden entenderse violadas las Convenciones de Naciones Unidas firmadas en Montego Bay el 10 Dic. 1982 sobre Derecho del Mar, y en Viena el 20 Dic. 1988, relativo al tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, en tanto se permite a las autoridades del pabellón del barco cursar las autorizaciones oportunas para el derecho de «visita en alta mar» y de «abordaje» por causa de comisión delictiva. En este mismo sentido, la Sentencia 473/2001, de 26 Mar., declara que el artículo 561 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que para la entrada y registro de buques mercantes extranjeros se precisa la autorización del capitán o, si éste la denegare, la del cónsul de su nación, que se ha de entender ser la del pabellón ostentado por el barco, y el artículo 97 de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de Montego Bay, de 1982, señala que son las autoridades del pabellón de la bandera del barco las que pueden autorizar abordajes y apresamiento del mismo, lo que complementa el artículo 17 de la Convención de Naciones Unidas de represión del tráfico de estupefacientes, de Viena, de 1988, al decir que el estado del pabellón podrá autorizar a abordar e inspeccionar una nave. Ambos tratados han sido ratificados y debidamente publicados con carácter oficial.

199/1987, de 16 de diciembre, que sólo se permite la entrada en un domicilio sin previa autorización judicial, para efectuar una inmediata detención, y con ocasión de ella, proceder al registro y ocupación de los instrumentos y los efectos relacionados con las actividades terroristas, si bien hace depender el registro del hecho de que la detención se verifique.⁶⁶⁷

Hay otros autores sin embargo que discrepan de esta conclusión, así REMOTTI CARBONELL considera que procedería practicar dicho registro siempre y cuando existan elementos racionales que permitan considerar que en determinado domicilio se encuentran pruebas o elementos referidos a la participación o comisión de un delito de terrorismo, así como circunstancias de urgencia tales que hagan prever que esperar a la orden del juez puede desencadenar su destrucción o desaparición.⁶⁶⁸

La intervención judicial constituye una garantía fundamental. Al respecto, afirma la citada STC 199/1987, de 16 de diciembre, que la única intervención judicial efectiva, en principio, es aquella que se adopta antes de la penetración en el domicilio, puesto que la intervención a posteriori se produciría una vez realizada la penetración en el domicilio, y no evitaría en ningún caso el sacrificio del Derecho fundamental.» Por ello, hemos de entender que la suspensión prevista en el art. 55.2 CE, continúa la anterior resolución, «habilita al legislador a modular la intervención judicial en la entrada y registro de domicilio, pero no a suprimirla de raíz. El legislador ha de poner en concordancia, (...) la efectividad de la suspensión del Derecho a la inviolabilidad del domicilio y la necesaria intervención judicial, dicho en otros términos ha de asegurar una suficiente intervención judicial, en lo posible previa, que sea compatible con la suspensión de ese Derecho.»

Ciertamente, mientras la intervención judicial previa a la limitación del Derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria tendría un marcado carácter protector respecto del citado Derecho⁶⁶⁹, en los casos en que se produjera la intervención judicial en un momento posterior, aun cuando no se evita la vulneración efectuada por una arbitraria limitación, bien podría tener un carácter netamente reparador, descartándose la legitimidad de las pruebas obtenidas por esta vía, y si procede, exigiendo las oportunas responsabilidades.

⁶⁶⁷ ZAMARRIEGO FERNANDEZ, «Régimen de la inviolabilidad del domicilio», en Comentarios a la Legislación Penal, La reforma penal y procesal sobre los delitos de bandas armadas, terrorismo y rebelión, págs. 487 y 490.

⁶⁶⁸ REMOTTI CARBONELL, J. Constitución y medidas contra el terrorismo: la suspensión individual de derechos y garantías, pág. 207.

⁶⁶⁹ Como afirma GOMEZ COLOMER, J.L. «Concreciones en torno al registro domiciliario en el proceso penal español», en Revista de Derecho procesal, 1993, n.º 13, pág. 572, trayendo a colación la STC 160/1991, de 18 de julio, la intervención judicial, no dándose el consentimiento del titular, ni tratándose de un delito flagrante, es de carácter preventivo, destinada a proteger el derecho a la inviolabilidad del domicilio, y no a reparar su violación cuando se produzca.

De otro lado, sostuvo la citada STC 199/1987, respecto del art. 16 de la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, cuyas valoraciones serían aplicables al caso que nos ocupa, que aun cuando la intervención judicial se prevea con posterioridad a la efectividad de la medida, de ello no se deduciría que dicha intervención judicial haya de ser entendida como una mera recepción de información, pues «una mera información gubernativa al juez no puede asimilarse a una intervención judicial. Sin embargo, como ya se ha dicho, del precepto no se deduce limitación alguna de las facultades judiciales al respecto, sino una obligación de la autoridad gubernativa de puesta en conocimiento, la cual en cada caso será a los efectos pertinentes, conservando siempre el juez todas las facultades que el ordenamiento le reconoce para adoptar las medidas y decisiones que estime pertinentes al respecto. Y, desde luego, en relación con los casos excepcionales de detención inmediata, le corresponderá verificar si las circunstancias del caso han justificado la penetración en el domicilio sin la previa autorización judicial.»⁶⁷⁰

La falta de autorización judicial podría suponer la nulidad de las pruebas encontradas, como ya expusimos anteriormente al amparo de lo dispuesto en el artículo 11 de la LOPJ.⁶⁷¹

⁶⁷⁰ Aun cuando, como señala FIGUEROA NAVARRO, A. «Aspectos de la protección del domicilio en el derecho español», Edisofer, Madrid, 1998, pág. 217, el control judicial sea posterior, no se limita a la mera recepción de información, como podría, a su vez, desprenderse de lo previsto en el art. 553 LEcrim: «del registro efectuado... se dará cuenta inmediata al juez competente.» Asimismo, FERNANDEZ SEGADO, F. «La suspensión individual del ejercicio de derechos fundamentales», en Revista de estudios políticos, ob. cit., pag. 166, se muestra partidario de tales premisas, si bien, entiende que falta algún mecanismo que posibilite la intervención judicial posterior, como parece obvio, pero de resultados de la cual el juez pueda ser algo más que un mero receptor de una comunicación gubernativa.

⁶⁷¹ Las diversas posiciones doctrinales a este respecto aparecen expuestas de modo muy claro en CHOCLAN MONTALVO, J.A., «La prueba videográfica en el proceso penal: validez y límites», Revista del Poder Judicial núm. 38, junio de 1995. En síntesis, el autor distingue hasta tres posiciones doctrinales: 1ª) La de quienes circunscriben exclusivamente la prueba ilícita a los casos en que resulten vulnerados los derechos fundamentales recogidos en la Sección 1ª, Capítulo II, Título I de la CE, considerando que sólo cuando los derechos individuales alcanzan una intensidad suficientes su fuerza podrá imponerse al interés de la persecución penal, lo que únicamente sucede cuando se trata de derechos fundamentales; 2ª) La de quienes consideran indiferente el rango del derecho vulnerado por el desconocimiento de las normas reguladoras de la obtención y práctica de la prueba, concluyendo, pues, que toda infracción de las normas procesales en la materia implica el desconocimiento de los arts. 24.2 y 14 CE (derechos fundamentales a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de partes); y 3ª) La de aquellos que consideran que la violación de un derecho fundamental determina la aplicación de la regla de exclusión y que en los casos de vulneración de la legalidad ordinaria debe atenderse a criterios de proporcionalidad, intentando conciliar los intereses en conflicto. CHOCLAN, pese al tenor literal del art. 11.1 LOPJ, se adscribe a esta última línea de pensamiento, de suerte que la captación del verdadero significado de la prueba ilícita en nuestro Derecho exige conectar las vulneraciones de legalidad ordinaria con el concepto de proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 CE que postula ALMAGRO NOSETE, J., «Comentarios al artículo 24», en Constitución Española de 1978: comentarios a las leyes políticas, Tomo III, Edersa, Madrid, 1983 (cit. por CHOCLAN MONTALVO, ibídem): la consideración de este precepto como una garantía de carácter general y residual en la que se acogen las que no están determinadas específicamente en el art. 24 CE, lo que comportaría una constitucionalización de todas las garantías establecidas por la legislación ordinaria, orgánica y procesal, en cuanto sean acordes con los fines constitucionales.

Las consecuencias de esta posible nulidad son discutidas doctrinalmente. Como señala SERRA DOMINGUEZ⁶⁷², la nulidad absoluta de un acto procesal se produce siempre que el mismo adolezca de una circunstancia esencial fijada en las leyes de procedimiento como absolutamente indispensable para que el acto produzca sus efectos normales, la imperativa redacción del precepto objeto de comentario determina la inexorable nulidad de los actos que atenten contra la misma. Nadie puede ser imputado procesado, juzgado ni, menos aún, condenado si no lo es en virtud de pruebas válidamente obtenidas. Se establecen, pues, límites en la investigación penal: en palabras de BELING⁶⁷³, el Fiscal y el Juez «no están en la afortunada situación en la cual se encuentra el investigador científico, quien puede investigar libremente y no ex vinculis».⁶⁷⁴

Existen autores⁶⁷⁵ que, en abierta contradicción con la jurisprudencia mayoritaria emanada del Tribunal Constitucional desde su Sentencia núm. 49/1999, de 5 de abril, defienden que la interdicción procesal de la prueba ilícitamente obtenida halla su encaje constitucional en el Derecho fundamental a la presunción de inocencia plasmado también en el artículo 24.2 CE. Y, ciertamente, no puede negarse que este Derecho, en su vertiente principal, esto es, como regla de juicio, resultará afectado si se propone, admite y valora prueba inconstitucionalmente obtenida, fundándose la condena, en todo o en parte, en la expresada prueba, entendiendo que es la proposición y admisión⁶⁷⁶ cuando se consuma la violación principal: la del Derecho fundamental al proceso con todas las garantías.

La posibilidad de que la autoridad gubernativa pueda practicar un registro con una finalidad exclusivamente investigadora en base a lo establecido en el art. 553 LEcrim, se en-

⁶⁷² SERRA DOMINGUEZ, M. «Ineficacia de los actos procesales», Estudios de Derecho Procesal, Ariel, Barcelona, 1969, pág. 461.

⁶⁷³ BELING, E. «Las prohibiciones de prueba como límite a la averiguación de la verdad en el proceso penal», conferencia pronunciada en 1.903, recogida en VV.AA., Las prohibiciones probatorias, Temis, Bogotá, 2009, pág. 3.

⁶⁷⁴ A pesar de que la doctrina procesalista española clásica –vid., FENECH NAVARRO, M. El proceso penal, Ed. Ageda, Madrid, 1978, pág. 108- ha destacado las concomitancias entre la labor del juez y la del historiador en la medida en que ambos reconstruirían unos hechos pasados, el segundo, al igual que el investigador científico y a diferencia del juez, puede investigar y/o formar convicción libremente (no en el sentido de que pueda hacerlo de modo caprichoso, arbitrario o irrazonable, sino en el sentido de que no se halla vinculado por prohibiciones a la hora de reconstruir).

⁶⁷⁵ Vid., ad exemplum, GIMENO SENDRA, V. Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional, Colex, 1ª edición, 2007, págs. 479 a 484.

⁶⁷⁶ Decisión que, paradójicamente, no es recurrible. En este sentido, y proponiendo que se tenga en cuenta tal paradoja en una futura reforma de la LECrim., GONZALEZ MONTES, J.L. «La prueba ilícita», Persona y Derecho, vol. 54 (2006), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, pág. 367.

cuentra ciertamente vedada⁶⁷⁷, a no ser que de la afirmación «con ocasión de aquélla», debamos entender que se hace referencia a los casos de excepcional y urgente necesidad y no al hecho mismo de la finalidad de detención, lo cual obviamente resultaría un despropósito. De esta forma, en virtud del citado precepto, sólo se podría acceder y/o registrar el interior de un domicilio en los casos en que no medien los supuestos contenidos en el art. 18.2 CE, cuando en presencia de una excepcional y urgente necesidad que permite la ausencia de resolución judicial al efecto, la finalidad de dichas actuaciones sea, precisamente, la inmediata detención de sujetos sospechosos respecto de los mencionados delitos. Como afirma FERNANDEZ SEGADO⁶⁷⁸ la suspensión de la inviolabilidad domiciliaria se conecta con la detención de los presuntos responsables de las acciones delictivas antes mencionada.

El art. 553 LEcrim impondría descartar las posibles entradas en domicilio por tales causas con la única finalidad de registrar, aun cuando de ello, se evidencie la citada necesidad de proceder al registro. No será en base a tal precepto que se puedan acoger tales premisas. Cuestión distinta, sería que se pretendiese partir de lo establecido en el art. 55.2 CE para proceder al acceso a domicilio con la finalidad de registrar, tal y como mantiene el citado autor⁶⁷⁹, pues tras sostener la posibilidad de que en base al art. 55.2 CE se pueda acceder y registrar el interior de un domicilio con una finalidad investigadora, rodea dicha posibilidad de toda una serie de garantías, tales como:

1. La presencia de elementos racionales que denoten la existencia de pruebas en el domicilio.
2. La concurrencia de circunstancias urgentes.
3. La inmediata o simultánea comunicación al juez competente.

Merece traer a colación la sentencia del Tribunal Supremo Recurso de Casación núm. 10896/2007. Plantea esta sentencia, en relación con los arts. 97.3 y 108 del Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, hecha en Montego Bay el 10 de diciembre de

⁶⁷⁷ En sentido similar se expresa VIRGALA FORURIA, E. «La suspensión de derechos por terrorismo en el ordenamiento español», en Revista española de derecho constitucional, ob. cit., pág. 107, al entender que la suspensión del art. 18.2 debe tener como único objetivo la detención de una o varias personas, por lo que no sería correcta la entrada en domicilio con el ánimo exclusivo de buscar efectos o instrumentos utilizados por personas involucradas en actividades delictivas terroristas, aunque la policía tenga la absoluta certeza de que tales efectos se encuentran en dicho lugar, ya que es necesario, como presupuesto fundamental para la entrada, una sospecha racional de que en tal domicilio se encuentra un presunto responsable de tales acciones.

⁶⁷⁸ FERNANDEZ SEGADO, F. «La suspensión individual del ejercicio de derechos fundamentales», en Revista de estudios políticos, ob. cit., pág. 164.

⁶⁷⁹ REMOTTI CARBONELL, J.C. «Constitución y medidas contra el terrorismo: la suspensión individual de derechos y garantía», ob. cit., pág. 208.

1982 y art. 17 de la Convención de las Naciones Unidas de 20.12.88, contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, el supuesto de abordaje de un velero, buque de nacionalidad británica, portando pabellón inglés y que se encontraba en aguas internacionales el abordaje en aguas internacionales por miembros del Servicio de Vigilancia Aduanera, sin la presencia de autoridad judicial, policial o militar, que siendo preceptiva no se obtuvo, lo que dio lugar a que se instara la nulidad de la diligencia de abordaje realizado.

Señala el Tribunal que ciertamente el art. 92 de la Convención citada dispone que *«los buques navegarán bajo el pabellón de un solo Estado y salvo en los casos excepcionales previstos de modo expreso en los Tratados internacionales o en esta convención, estarán sometidos en alta mar a la jurisdicción exclusiva de dicho Estado»*. Y el art. 94.2 b) del mismo texto señala que: *«En particular, todo Estado ejercerá su jurisdicción de conformidad con su Derecho interno sobre todo buque que enarbole su pabellón y sobre el capitán, oficiales y tripulación, respecto de las cuestiones administrativas, técnicas y sociales relativas al buque»*. Además, el art. 108 de la Convención, bajo la rúbrica de *«tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas previene que: «1. Todos los Estados cooperarán para reprimir el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas realizado por buques en alta mar en violación de las convenciones internacionales»*.

Por su parte, continua señalando, el art. 17 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, celebrada en Viena el 19-12-1988 prevé, entre otras cosas de interés, lo siguiente: *«1. Las partes cooperarán en todo lo posible para eliminar el tráfico ilícito por mar, de conformidad con el Derecho marítimo internacional. 3. Toda Parte que tenga motivos razonables para sospechar que una nave que está haciendo uso de la libertad de navegación con arreglo al Derecho internacional y que enarbole el pabellón o lleve matrícula de otra Parte, está siendo utilizada para el tráfico ilícito, podrá notificarlo al Estado del pabellón y pedir que confirme la matrícula, si la confirma, podrá solicitarle autorización para adoptar las medidas adecuadas respecto a esa nave. 4. De conformidad con el párrafo 3 o con los tratados vigentes entre las partes o con cualquier acuerdo o arreglo que se haya podido concertar entre ellas, el Estado del pabellón podrá autorizar al Estado requirente, entre otras cosas, a: a) Abordar la nave; b) Inspeccionar la nave; c) Si se descubren pruebas de implicación en el tráfico ilícito, adoptar medidas adecuadas con respecto a la nave, a las personas y a la carga que se encuentren a bordo. 5. Cuando se adopte una medida de conformidad con el presente artículo, las partes interesadas tendrán debidamente en cuenta la necesidad de no poner en peligro la seguridad de la vida en el mar ni la de la nave y la carga y de no perjudicar los intereses comerciales y jurídicos del Estado del pabellón o de cualquier otro Estado interesado»*

Por esta razón se procedió al abordaje por parte de vigilancia Aduanera, provistos sus agentes de la mencionada autorización judicial, cumpliéndose las previsiones del Derecho del Mar y Convenios Internacionales, al tratarse de un buque que navegaba oficialmente sin bandera y del que el propio Estado, titular aparente del pabellón, se desatiende, siendo de aplicación el art. 15 de la Convención de Naciones Unidas celebrada en Palermo en el año 2000, contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en el que se prevé que *«un Estado Parte también podrá establecer su jurisdicción para conocer de los delitos a que se refiere cuando se cometa fuera de su territorio con miras a la comisión de un delito grave dentro de su territorio»*.

Consecuentemente el auto por el que se concedió autorización para el abordaje y que permitió el registro inicial del buque fue correcto sin que adolezca de nulidad alguna, máxi-

me si se tiene en cuenta, como ha recordado esta Sala en SS. 19.9.2005 y 20.1.2007: *«la conclusión respecto de la licitud en la obtención de la prueba ... no se ve alterada por el hecho de la existencia, o no, del permiso por parte de las Autoridades de la nación de abanderamiento del buque, para realizar el referido abordaje. La intervención del Estado que ejerce la soberanía en aguas internacionales, remite a las normas que regulan las relaciones entre las respectivas naciones, de acuerdo con lo dispuesto en Convenios tales como el de las Naciones Unidas de 20 de Diciembre de 1988, o el de Montego Bay sobre Derecho del Mar de 1982, pero, en modo alguno, su finalidad es la protección o tutela de Derechos fundamentales de carácter personal, de cuya infracción, según nuestro ordenamiento y en concreto del artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, hubiera de derivarse nulidad probatoria alguna. Por tanto, se trataría, en todo caso, de una materia a debatir en el ámbito de las relaciones internacionales entre Estados, pero sin repercusión alguna en orden al valor intraprocesal de las pruebas obtenidas»*.

3.º Autoridad competente para el abordaje y registro de la nave.

El artículo 17 del Convención de Viena de Naciones Unidas de 20 de diciembre de 1988 contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas en su apartado 10, dispone que el abordaje e inspección de la nave, una vez autorizado por el Estado de su matrícula o pabellón, se deberá llevar a efecto «por buques de guerra o aeronaves militares u otras naves o aeronaves que lleven signos claros y sean identificables como naves o aeronaves al servicio de un gobierno y autorizadas a tal fin».⁶⁸⁰

Por lo que se refiere a la habitual actuación en la persecución de delitos en alta mar por el Servicio de Vigilancia Aduanera, se ha discutido su condición de Policía a los efectos de dotar de validez y legalidad a sus intervenciones.⁶⁸¹

⁶⁸⁰ En el curso de otra investigación fue detectada la navegación del Manley como barco sospechoso de estar dedicándose al transporte de estupefaciente. Al salir el Manley de Gibraltar en la tarde del 31 Jul. 1997 se cuenta, por el resultado de previas observaciones, con fundamento bastante para creer que la embarcación se aprovisionará de estupefaciente en alta mar, por lo que se solicita del Juzgado Central de Instrucción número Tres, que seguía diligencias por hechos de la investigación inicial. Se solicitó abordaje, supeditado a la obtención de la correspondiente autorización de las Autoridades británicas, al estar el Manley abanderado en el Reino Unido. La autorización británica es concedida con invocación del artículo 17 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, hecho en Viena en 1.988. No hay razón para dudar de la competencia del organismo que expide la autorización, expresamente solicitada por el Servicio español de Vigilancia Aduanera, siendo significativo que la autorización se remita al Embajador de Su Majestad Británica en España para que le sea comunicada por las Autoridades españolas cualquier incidencia.

⁶⁸¹ En este aspecto, el Acuerdo adoptado por el Pleno no Jurisdiccional de la Sala segunda del TS en su sesión del día 17 de noviembre de 2003, sentó que: 2º).—El Servicio de Vigilancia Aduanera no constituye policía judicial en sentido estricto, pero sí en el sentido genérico del art. 283.1º de la LECrim, que sigue vigente. Conforme establece la Disposición Adicional Primera de la LO 12/95, de 12 de diciembre sobre Represión del Contrabando, en el ámbito de los delitos contemplados en el mismo tiene encomendadas funciones propias de Policía Judicial, que debe ejercer en coordinación con otros cuerpos policiales y bajo la dependencia de los Jueces de Instrucción y del Ministerio Fiscal. 3º).—Las actuaciones realizadas por el Servicio de Vigilancia Aduanera en el referido ámbito de competencia son procesalmente válidas».

En cuanto a la competencia de los agentes del Servicio de Vigilancia Aduanera para realizar el registro, ha de decirse que la disposición adicional primera, apartado uno, de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 Dic., de represión del contrabando, atribuye a dicho Servicio, a todos los efectos legales, el carácter de colaborador de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, con los que actuará en coordinación, en todo lo que se refiere a la investigación, persecución y represión de los delitos de contrabando, lo que revela la licitud de su intervención⁶⁸².

Por otro lado, la Ley Orgánica de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado 2/1986 de 13 de marzo limita la actuación territorial, «ex» artículo noveno, de todos y cada uno de los cuerpos que en ella se contemplan, de tal suerte que no es admisible, salvo acuerdo bilateral, la extraterritorialidad de las fuerzas actuantes.⁶⁸³

Sin embargo existe una previsión de actuación hacia el exterior en el artículo 12.1, del citado texto legal, cuando al distribuir competencias entre el Cuerpo Nacional de Policía y la Guardia Civil, se atribuye al primero:» Colaborar y prestar auxilio a las Policías de otros países, conforme a lo establecido en los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las Leyes, bajo la superior dirección del Ministro del Interior».

En la práctica, son varias las autoridades que intervienen en los abordajes de buques en aguas internacionales. Aparte de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, también interviene la Dirección Adjunta de Vigilancia Aduanera (D.A.V.A) o de la Armada Española, al objeto de tener previstos los medios humanos y materiales necesarios para llevar a cabo la localización y abordaje de la embarcación sospechosa.

El Centro de Inteligencia contra el Crimen Organizado (CICO), dependiente de la Secretaría de Estado de Seguridad, al objeto de coordinar adecuadamente la actuación de los distintos Cuerpos o Servicios que vayan a intervenir en la operación y de asegurar la disponibilidad de medios y recursos que vayan a ser utilizados en su desarrollo.. En determinados supuestos cuando vaya a intervenir algún buque de la Armada, o alguna de las aeronaves del

⁶⁸² El carácter de Policía Judicial del Servicio de Vigilancia Aduanera ya le fue reconocido, por otra parte, en el Auto del Tribunal Supremo de 31 Jul. 1998, en el que se afirmaba que «el Servicio de Vigilancia Aduanera, aun no formando parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del estado, tiene sin duda alguna la conceptualización de Policía Judicial a tenor de la amplia definición que de la misma se hace en el artículo 283 LECrim. Esta condición de Policía Judicial, que en principio no puede ser negada al mencionado Servicio, puede entenderse ratificada por la disposición adicional primera, apartado 1, párrafo primero, de la LO 12/1995».

⁶⁸³ MORENO MAILLO L, Modelo policial español y cooperación policial europea: incidencia y efectos» Conferencia internacional «La seguridad europea en el siglo XXI», Universidad de Granada, 2001, págs. 5 y ss.

Ejército del Aire, ambos del Ministerio de Defensa, en las tareas de localización y abordaje de la embarcación sospechosa, es conveniente que la tripulación de Asalto que intervenga pertenezca al Cuerpo Policial que dirige la investigación. Por tal motivo, en estos supuestos deberá solicitarse al órgano directivo correspondiente la intervención de la unidad policial especializada en este tipo de actuaciones.

Igualmente, en estos supuestos deberá embarcarse en el buque oficial un integrante del grupo policial investigador para que asuma la dirección efectiva del servicio, así como las tareas policiales propias de unidades de investigación (lectura de Derechos, información del auto de entrada, ...). Conjuntamente con el cuerpo policial interviniente, conviene que el operativo de asalto también venga determinado por el personal del grupo especializado, aunque es conveniente, igualmente, que en el buque vaya un funcionario policial de la unidad de investigación para que asuma la dirección de la operación policial en sus tareas propias.

En ambos supuestos, es absolutamente imprescindible designar a un funcionario de la Unidad Policial interviniente para que actúe como máximo responsable en tierra de la operación y como interlocutor único entre la Autoridad Judicial y los servicios que van a participar en el dispositivo. Cuando se conozca el nombre y pabellón de la embarcación y se tenga la certeza de que la misma está siendo utilizada para una operación concreta de tráfico ilícito de estupefacientes, es preciso solicitar de la Autoridad Judicial que conoce de la investigación la correspondiente autorización para llevar a cabo el abordaje y la inspección del barco, la detención de la tripulación y el aseguramiento de la droga. Si el buque es de nacionalidad extranjera, deberá ser solicitada la autorización del Consulado respectivo.

4.º Autorización judicial.

La autorización judicial, para preservar el Derecho analizado, sólo será necesario cuando tras el abordaje se estime necesario penetrar en los camarotes u otras zonas reservadas a la embarcación, protegidas por el Derecho a la inviolabilidad domiciliaria y no otros espacios.

Hay que destacar que la resolución judicial –auto- que en los supuestos en los que ello sea preciso haya de dictarse para autorizar la entrada en las embarcaciones no adolecerá de nulidad por no fijar el período de duración de la entrada en el buque, por considerar que pudieran infringirse lo establecido en los artículos 561, 567 y sobre todo, en el art. 568 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En este sentido se mantiene que los aleas de la navegación marítima que deberían influir en determinar la fecha y momento concreto de la entrada permiten comprender que esas concreciones no pueden ser a priori fijadas, justificando ocasionales dilaciones temporales, al ser imposible cuando se adopta la resolución, concretar una fecha para la realización del abordaje.

El Auto Judicial de Abordaje deberá acomodarse tanto a las normas de Derecho interno como a lo establecidos en los convenios internacionales de los que España es parte, tales como: Convenio de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar y las Convención de Ginebra de 1958 y de Viena de 1988, y debe recoger los siguientes aspectos:

- La autorización para interceptar y abordar el buque sospechoso.
- La autorización para inspeccionarlo y, en su caso, para asegurar la droga aprehendida.
- La autorización para realizar las detenciones (su realización deberá ir acompañada de información de Derechos correspondiente, incluyendo además la información de que van a ser trasladados al puerto español más próximo).
- La autorización para llevar a cabo la inspección técnica y eléctrica del barco para asegurar su buen funcionamiento.

5.º Formas de llevar a cabo el abordaje y registro.

Dentro del todo que el buque como cosa compleja representa jurídicamente, es preciso distinguir diversos espacios, sometidos a distintos grados de protección de la intimidad, lo que nos lleva a diferenciar el régimen de entrada y registro del buque y el de entrada y registro del camarote.

Como tal, la entrada y registro en un buque no es un problema de Derecho procesal penal, sino de Derecho internacional público y de Derecho de la seguridad marítima. Las autoridades españolas competentes pueden acceder o abordar un buque en aguas territoriales españolas de acuerdo con lo permitido en las leyes internas y los convenios internacionales ratificados por España. Conforme a esta normativa, por lo general, para entrar en un buque será necesario el conocimiento del capitán y su supervisión de las tareas inspectoras que deban llevarse a cabo, lo que no equivale a «consentimiento», en sentido procesal penal.

Sin embargo, para entrar en aquellos espacios del buque que por su configuración merezcan la calificación de domicilio, sí deben concurrir los elementos establecidos en el art. 18.2 CE. Esta distinción queda reflejada, con buen criterio, en el Texto Refundido la Ley de Puertos de 1992, cuyo art. 317.2 establece que: «A los efectos indicados, el personal con funciones de inspección o control estará facultado para acceder a las superficies e instalaciones objeto de concesión o autorización situadas en la zona de servicio de los puertos o a los buques y plataformas de pabellón español, o con las limitaciones, en su caso, establecidas en

los Convenios Internacionales suscritos por España, a los de pabellón extranjero que se encuentren en aguas situadas en zonas en las que España ejerce soberanía, Derechos soberanos o jurisdicción en que hubieran de realizarse las comprobaciones y actuaciones correspondientes, salvo que tuvieran la consideración legal de domicilio, en cuyo caso la labor inspectora deberá ajustarse a las reglas que garantizan su inviolabilidad».

En coherencia con ello, la STS, de 11 de febrero de 2009, entiende que es posible reconocer la condición de camarote de un barco como lugar separado donde uno de sus tripulantes o viajeros se independiza de los demás, que integran las zonas comunes, para desarrollar su privacidad en la medida que lo desee. En sentido similar, la Sentencia de 18 de octubre de 2006, recogiendo la doctrina de las Sentencias del mismo tribunal 624/2002, de 10 de abril, 19/2004, de 12 de julio, y 151/2006, de 20 de febrero⁶⁸⁴ se refiere al modo en que se construyen las embarcaciones donde algunas dependencias, como los camarotes, resultan aptas para que en las mismas se desarrollen conductas o actividades propias de áreas de privacidad, aunque resulta dificultoso extender el concepto de domicilio en todo caso a otras zonas de la embarcación que no son aptas, con carácter general, para la vida privada, como puede ocurrir con la cubierta, utilizada en las maniobras náuticas o como lugar de esparcimiento, o con las bodegas, exclusivamente usadas para la carga, o con la zona de máquinas, que tampoco resulta adecuada para desplegar la vida reservada individual.

En definitiva, las áreas propias y reservadas al ejercicio de la intimidad personal son precisamente las únicas -como dice la STS 1200/1998 de 9 de octubre -protegidas por el Derecho fundamental consagrado en el art. 18.2 de la Constitución Española.

Por ello, en embarcaciones de cierto tamaño es fácilmente posible que haya en su interior camarotes independientes aptos para una privacidad personal que encajen en la calificación de domicilio, en tanto que, tratándose de embarcaciones pequeñas, resulta difícil apreciar la existencia de habitáculos compatibles con la idea de camarote o domicilio, aunque no sea imposible: dependerá de la estructura de la nave.

En el caso de la STS, anteriormente citada, de 11 de febrero de 2009, la embarcación era un velero de tan solo 9,35 metros de eslora y 2,77 metros de manga, en el que no constaba que tuviera camarote alguno. Tampoco, dice la sentencia -aunque esto es discutible desde el punto de vista náutico-, es presumible que lo tuviera, dadas sus pequeñas dimen-

⁶⁸⁴ Sentencia que afirma, «Tampoco cabe hablar de vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio del art. 18.2 CE, simplemente porque las embarcaciones no constituyen domicilio a estos efectos constitucionales, salvo en aquellas partes destinadas específicamente a los camarotes, dormitorios de la tripulación o pasajeros, u otros lugares reservados para una persona o grupo de personas».

siones, pues las embarcaciones de esa clase sólo disponen de un espacio interior dotado de diversos elementos para usos múltiples y comunes, sin más privacidad que la que brinda el pequeño recinto destinado a usos higiénicos y, a lo sumo, en zona de proa, un reducido lugar con el único aprovechamiento de alojar una litera para tumbarse. Este diminuto habitáculo u otro pequeño hueco semejante, es lo único que existe en un velero de tan reducidas dimensiones, absolutamente incompatible con la idea de camarote en el sentido que señala la doctrina del Tribunal Supremo, como espacio propio y exclusivo apto para posibilitar el desenvolvimiento de la privacidad personal, de forma separada de la de los restantes pasajeros o tripulantes.⁶⁸⁵

5.º Consecuencias procesales en caso de incumplimiento de los requisitos formales.

Debemos distinguir, según sea incumplimiento de los requisitos de autorización previstos en el art. 17 del Convenio o los contemplados en el art. 561 LECrim. Lo cierto es que la omisión de solicitar la autorización pertinente puede constituir una irregularidad que no invalida el abordaje ni extiende sus consecuencias a la valoración de la prueba obtenida sin la autorización.

Por lo pronto, el incumplimiento de la norma que prevé estas autorizaciones no determina la vulneración de un Derecho de los acusados ni constituye un motivo que pueda invalidar el proceso, ni condiciona la jurisdicción del Estado que ejerza su jurisdicción de acuerdo con su propio Derecho Penal internacional. En efecto, al tratarse de una norma que afecta las relaciones entre los Estados partes del Convenio de Viena, generaría, en todo caso, una cuestión entre dichos Estados, pero claramente ajena, por lo tanto, al proceso.

Se trataría, en todo caso, de una materia a debatir en el ámbito de las relaciones internacionales entre Estados, pero sin repercusión alguna en orden al valor intraprocesal de las pruebas obtenidas y, por consiguiente, sin que pueda ser de aplicación el art. 11.1 (inciso segundo) de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Este precepto establece que «no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los Derechos o libertades fundamentales». Por consiguiente, al no haberse apreciado la vulneración de ninguno de los

⁶⁸⁵ Arguye además el tribunal que esas reducidas dimensiones hacen imposible que ni en el habitáculo de proa ni en ningún otro hueco separado pueden guardarse sesenta y tres bultos contenido 970.159 kg. de hachís. El volumen que eso supone y el peso que representa no caben bajo la cubierta de una embarcación tan pequeña, salvo que se use todo su espacio interior, e incluso parte del exterior, como sucedió en este caso en el que los Agentes vieron los bultos al subir a bordo y algunos de ellos ya a distancia antes de alcanzar la embarcación. En definitiva no consta que ésta tuviera ningún camarote, ni por su tamaño puede suponerse que dispusiera de algo merecedor de tal nombre, ni en todo caso, si lo tuviera, esa droga podía encontrarse guardada en su interior, ni por último puede desconocerse que los Agentes efectivamente la hallaron distribuida por toda la embarcación, siendo incluso visible desde el exterior.

Derechos fundamentales de la persona reconocidos en la Constitución, no procedería la nulidad del abordaje ni de las pruebas y vestigios obtenidos en el mismo.

Supuesto diferente es que la Fuerza actuante ante un abordaje proceda al registro de la embarcación sin previa comunicación judicial, por encontrarse ante la comisión de un delito flagrante. En estos casos no podemos hablar de infracción alguna del mencionado Derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio siempre que se obtenga el consentimiento para el registro del barco –se entiende de los espacios de intimidad, camarotes– por parte de las personas que se hallaban al frente de la embarcación.

Para comprender el alcance y la posible vulneración del art. 333 LECrim a los efectos aquí examinados, conviene tener en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional que se recoge en su sentencia 303/1993, que a continuación expongo:

1. Cuando hay razones de urgencia, puede actuar la policía para hacer constar los datos que se consideran necesarios con relación al objeto del delito, lugar de los hechos y determinación de cuantos vestigios puedan ser útiles a los fines de su actuación: la persecución del delito y la determinación de sus circunstancias y de las personas responsables.
2. Cuando la policía actúe en la forma indicada está obligada a observar estrictamente las formalidades legales, es decir, habrá de cumplir con lo que la ley procesal exige para la actuación judicial. Concretamente, en estos casos de inspección ocular, con lo que disponen los arts. 326 y ss., particularmente el art. 333 de la LECrim en cuanto a la posible participación del imputado, si existiera, bien solo, bien asistido de abogado.
3. Si se trata de una actuación irrepetible en el juicio oral, tiene aptitud para que pueda ser considerada prueba preconstituida, válida, por tanto, para desvirtuar la presunción de inocencia. Si no concurre esa razón de urgencia la policía tiene el deber de poner el hecho en conocimiento de la autoridad judicial que actuará al respecto. Pero el hecho de obrar la policía, cuando no se requiere la intervención judicial por razones de urgencia para ello, no quiere decir que las diligencias policiales sean nulas, sino que la actuación no tiene otra validez que la propia de las actuaciones policiales, para su propio conocimiento y poder así continuar la investigación correspondiente.
4. En modo alguno, la infracción por parte de la policía, de lo dispuesto en ese art. 333 puede producir la nulidad de actuaciones. Únicamente impedirá que la diligencia policial pueda tener valor de prueba preconstituida, y tampoco, como ya

se ha aludido, cabe hablar de infracción del Art. 18 de la Constitución, si para el registro de la nave obtuvieron el consentimiento de las personas que se hallaban al frente de la misma⁶⁸⁶.

3.4.3. ESPECIAL REFERENCIA AL ABORDAJE DE BUQUES EN AGUAS INTERNACIONALES POR EL DELITO DE TRAFICO DE ESTUPEFACIENTES TRAS LA REFORMA DE LA LOPJ DE 1 DE JULIO DE 1985 POR LA LEY DE 1/ 2009 DE 3 DE NOVIEMBRE Y 1/2014 DE 13 DE MARZO

Por lo que se desprende de las normas internacionales de los Tratados y Convenciones internacionales citados⁶⁸⁷, en materia de jurisdicción para conocer de las materias a que los mismos se refieren –particularmente en cuanto afecta al tráfico ilícito de drogas– es que antes de la reformas llevadas a cabo en la LOPJ en los años 2009 y 2014, existían variadas soluciones desde el punto del Derecho interno de los Estados implicados, y en nuestro ordenamiento jurídico estando reconocido el principio de jurisdicción universal para este tipo de delitos [art. 23.4.b) LOPJ]; que, además y por lo que se refiere a la nacionalidad de los buques, se exigía que la relación entre éstos y los correspondientes Estados fuera una relación auténtica, lo que excluía los abanderamientos de conveniencia. Por otro lado, tampoco cabe olvidar que, y así ocurrió en todos los casos, que la razón legitimadora de la actuación de los Tribunales y Autoridades españolas se debía a que es nuestro país era generalmente el destinatario de la sustancias ilícitas que se pretendían interceptar y donde, en la mayoría de los casos, se gestaba la trama delictiva, amén de la implicación de nuestros nacionales, razones de peso que permitían reconocer, como así hace la doctrina, la validez de la jurisdicción española (art. 23.1 LOPJ).

Tras la última reforma operada en la LOPJ por la ley 1/ 2014 de 13 de marzo y conforme a la doctrina asentada por el Tribunal Supremo en su sentencia 592/2014, ha señalado

⁶⁸⁶ Sobre el abordaje y la inviolabilidad de domicilio, sentencias de T.S 1328/2005 de 27 de octubre; 624/2002 de 10 de abril y 1200/1998 de 9 de octubre. Asimismo sentencia del T.C de 21/1997 de 10 de febrero.

⁶⁸⁷ La Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, establece respecto de la jurisdicción penal en caso de abordaje o cualquier otro incidente de navegación, que «sólo podrán incoarse procedimientos penales o disciplinarios contra tales personas (el capitán o cualquier otra persona al servicio del buque) ante las autoridades judiciales o administrativas del estado del pabellón o ante las del estado de que dichas personas sean nacionales» (art. 97.1); y, por lo que se refiere al tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, se dice también que «todos los estados cooperarán para reprimir el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas realizado por buques en alta mar en violación de las convenciones internacionales» (art. 108.1). Por su parte, en la Convención sobre alta mar, hecha en Ginebra el 29 de abril de 1958 se establece que «los buques navegarán con la bandera de un solo estado y, salvo en los casos excepcionales previstos de un modo expreso en los tratados internacionales o en los presentes artículos, están sometidos, en alta mar, a la jurisdicción exclusiva de dicho estado» (art. 6.1 de dicha Convención).

que existen normas internacionales ⁶⁸⁸ que confieren la posibilidad de atribución a España de jurisdicción en aguas marinas para el abordaje, incautación y enjuiciamiento de un delito de tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, toda vez que contaremos con jurisdicción española «*en los supuestos previstos en los tratados ratificados por España o en actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea parte*». Y todo ello sin que sea preciso algún otro presupuesto añadido, ya sea basado en la nacionalidad de los autores o en la realización de actos con miras a su comisión en territorio español.

El art. 108 de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 10 de diciembre de 1982 (Montego Bay) bajo el epígrafe de «Tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas», declara:

1. Todos los Estados cooperarán para reprimir el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas realizado por buques en alta mar en violación de las convenciones internacionales.
2. Todo Estado que tenga motivos razonables para creer que un buque que enarbola su pabellón se dedica al tráfico ilícito de estupefacientes o sustancias psicotrópicas podrá solicitar la cooperación de otros Estados para poner fin a tal tráfico.

El artículo 4.1.b) de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, regula la competencia por medio del cual, cada una de las Partes:

«podrá adoptar las medidas que sean necesarias para declararse competente respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3 (transporte de sustancias estupefacientes, como es nuestro caso)

i) Cuando el delito sea cometido por un nacional suyo o por una persona que tenga su residencia habitual en su territorio;

⁶⁸⁸ Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, ratificada por Instrumento de 30 de julio de 1990 (BOE 10-11-1990).al Convención tiene como principio que los estados firmantes parten de su profunda preocupación «por la magnitud y la tendencia creciente de la producción, la demanda y el tráfico ilícitos de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, que representan una grave amenaza para la salud y el bienestar de los seres humanos y menoscaban las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad». Por lo que pretenden «concertar una convención internacional que sea un instrumento completo, eficaz y operativo, específicamente dirigido contra el tráfico ilícito, en la que se tomen en cuenta los diversos aspectos del problema en su conjunto, en particular los que no estén previstos en los tratados vigentes en la esfera de los estupefacientes y sustancias sicotrópicas».

ii) Cuando el delito se cometa a bordo de una nave para cuya incautación dicha Parte haya recibido previamente autorización con arreglo a lo previsto en el artículo 17, siempre que esa competencia se ejerza únicamente sobre la base de los acuerdos o arreglos a que se hace referencia en los párrafos 4 y 9 de dicho artículo;

Cuando el delito sea uno de los tipificados de conformidad con el apartado iv) del inciso c) del párrafo 1 del artículo 3 y se cometa fuera de su territorio con miras a perpetrar en él uno de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3».

Igualmente se prevé una norma final de cierre, en el apartado 3 de dicho artículo 4º, que dispone lo siguiente: La presente Convención no excluye el ejercicio de las competencias penales establecidas por una Parte de conformidad con su Derecho interno.

Esta norma permite, entre otras cosas, que la ley estatal afirme la competencia extra-territorial de sus tribunales para la persecución de estos delitos, sin ninguna mención a los Tratados, como ocurrió con nuestra LOPJ desde 1985 hasta la modificación de 2009. Esta competencia supone, lógicamente, la del enjuiciamiento de los imputados, salvo que el Estado del pabellón reclame su competencia preferente como prevé la Convención de Ginebra sobre Alta Mar, de 29 de abril de 1958 y la Convención de Montego Bay.⁶⁸⁹

En suma, el estudio del párrafo primero y de los apartados d) e i) del artículo 23.4 se evidencian la concurrencia de dos normas de atribución de jurisdicción, una de carácter especial, que ha de ser apreciada cuando se produzca un abordaje en aguas internacionales ante la presunta comisión de un delito de tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y la otra, la correspondiente a la letra i) cuando se cumplan los requisitos exigidos por la misma.

Ambas normas son de plena atribución de jurisdicción, por lo que han de verse, no desde una perspectiva restrictiva, sino todo lo contrario, desde una panorámica abierta ante la proclamación del principio *pro actione* que tantas veces ha declarado nuestro Tribunal Cons-

⁶⁸⁹ En efecto, el apartado 4 del art. 17 de la Convención dispone lo siguiente:

4. De conformidad con el párrafo 3 o con los tratados vigentes entre las Partes, o con cualquier otro acuerdo o arreglo que se haya podido concertar entre ellas, el estado del pabellón podrá autorizar al estado requirente, entre otras cosas, a:

a) abordar la nave;

b) inspeccionar la nave;

c) si se descubren pruebas de implicación en el tráfico ilícito, adoptar medidas adecuadas con respecto a la nave, a las personas y a la carga que se encuentren a bordo.

Y para el caso de buques sin pabellón –*naves piratas*–, o con abanderamiento ficticio, el principio general, conforme al art. 17.1 de la referida Convención es que «las Partes cooperarán en todo lo posible para eliminar el tráfico ilícito por mar, de conformidad con el Derecho internacional del mar». Y concretamente el número 2 de referido precepto se refiere a naves que no enarbolan pabellón o matrícula.

titucional. Los aparatos d) e i) se refieren a un tipo delictivo muy concreto (drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas), y en su comisión fuera del territorio nacional, pero al establecer el apartado d) una concreción o especificación, constituida por «*los espacios marinos*», convierten a esta norma en especial, y, por tanto, de aplicación preferente al apartado i) (que carece de especificación), de modo que, en ningún caso puede exigirse al apartado d) la concurrencia de los requisitos del tal apartado i), que queda circunscrito a espacios extraterritoriales que no constituyan *espacios marinos*.

Dicho de otra forma, el abordaje en alta mar no puede predicarse más que de una conducta producida en el espacio marino internacional, fuera del mar territorial. De lo expuesto, podemos afirmar que como se trata de un delito cometido a bordo de una nave abordada en aguas internacionales, la Convención de Viena nos proporciona jurisdicción (en su terminología «competencia») siempre que se cumplan los requisitos del art. 17 de la misma. Este precepto establece que el Estado español es competente para el abordaje, inspección, incautación de sustancias y detención de los tripulantes de cualquier embarcación que enarbole el pabellón de otro Estado, cualquiera que sea el lugar en que se encuentre, siempre que obtenga la autorización del país de abanderamiento.

Como se deduce de estas normas, el Estado que aborda la nave puede atribuirse jurisdicción sobre los hechos cometidos en ella, si existe un tratado vigente entre las Partes o cualquier otro acuerdo o arreglo que se haya podido concertar entre ellas conforme a acuerdos y arreglos bilaterales y regionales. Lo que no es más que una especificación del deber general de los firmantes del Convenio de cooperar en todo lo posible para eliminar el tráfico ilícito por mar, de conformidad con el Derecho internacional del mar (art. 17.1).⁶⁹⁰

En suma, de la conjunción de lo establecido en los números 3 y 4 del artículo 17 de la Convención de Viena se deduce que un Estado (el requirente) puede ser autorizado por el Estado del pabellón (requerido) para adoptar las medidas adecuadas de investigación con respecto a una nave en dos supuestos:

1. Cuando se tengan motivos razonables para sospechar que la nave está siendo utilizada para el tráfico ilícito de drogas.
2. O de conformidad con los tratados vigentes entre las Partes, o con cualquier otro acuerdo o arreglo que se haya podido concertar entre ellas. A su vez, las medi-

⁶⁹⁰ Con mayor claridad aun, si cabe, sobre la posibilidad de enjuiciamiento, el art. 22.2 en su letra a), apartado IV), del Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971, y la Convención Unica de 1961, sobre Estupefacientes, enmendada por el Protocolo de 1972 (art. 36), tratados que son expresamente citados en su Preámbulo por la Convención de Viena de 1988.

das que se pueden autorizar y adoptar, entre otras, son: abordar la nave, inspeccionarla y, si se descubren pruebas de implicación en el tráfico ilícito, adoptar medidas adecuadas con respecto a las personas y a la carga que se encuentren a bordo.

Igual solución debe predicarse para el caso de naves que no enarbolan ningún pabellón. El número 2 del artículo 17 de la Convención indica que toda Parte que tenga motivos razonables para sospechar que una nave de su pabellón, o que no enarbole ninguno o no lleve matrícula, está siendo utilizada para el tráfico ilícito, podrá solicitar asistencia de otras Partes a fin de poner término a esa utilización. Las Partes a las que se solicite dicha asistencia la prestarán con los medios de que dispongan. Además de que los Estados tienen reconocido el Derecho de visita a una nave sin nacionalidad (art. 110 de la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982) y también a una nave que enarbole los pabellones de dos Estados, utilizándolos a su conveniencia (art. 92.2 de la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982). Tal derecho de visita comprende el abordaje y la inspección de una nave. De manera que descubiertos indicios de la comisión de un delito, el Estado que aborda la nave podrá traerla a su territorio y proceder a determinar su jurisdicción de manera definitiva (bien la del Estado del pabellón, si tal dato puede ser conocido; o bien la propia, sobre la base de evitar la impunidad del delito).

CONCLUSIONES

PRIMERA. Desde el aforismo *aut dedere aut iudicare* hasta nuestros días, comienza a afianzarse la idea de la compatibilidad entre la noción de territorio y la aplicación extraterritorial de la jurisdicción estatal en ciertos supuestos, como primer paso hacia una verdadera jurisdicción internacional. Si bien es cierto que existen razones de peso tanto procesales como políticas que avalan la preferencia de la jurisdicción territorial, esta prioridad se sujeta a determinadas condiciones relativas al ejercicio de la jurisdicción por el Estado territorial y sus autoridades que como sabemos en muchas ocasiones conlleva abusos de poder, inseguridad jurídica e impunidad frente a conductas criminales aberrantes. La Comunidad Internacional, especialmente la ONU, ha hecho un esfuerzo por ir consolidando un Derecho Penal Internacional, con principios, normas y garantías propias que pese a no gozar de una tipificación más que en algunos tipos normativos, ni poseer normas que delimitan la jurisdicción y la competencia de los Derechos estatales, han permitido reelaborar el principio de intervención por razones humanitarias, acuñado bajo el término «responsabilidad de proteger» que conlleva igualmente la responsabilidad de reaccionar, prevenir y reconstruir.

SEGUNDA. Los últimos años del Siglo XX y los primeros del Siglo XXI, se han caracterizado por la proliferación de conflictos de gran violencia motivados en gran medida por luchas étnicas religiosas o políticas multiplicándose así los escenarios en los que se cometen violaciones sistemáticas de derechos humanos. Estos crímenes no constituyen la excepción a la regla general; basta con echar un vistazo al panorama internacional y comprobar que más de la tercera parte de los países del mundo se encuentran sumidos en conflictos internos en los que la impunidad se ha convertido en un «principio de legalidad». Sucesos recientes como los de Yugoslavia o Ruanda en que la Sociedad Internacional no fue capaz de prever y controlar llevaron a adoptar medidas que supusieron un cambio profundo en el sistema de seguridad colectiva.

TERCERA. Sin embargo los acontecimientos actuales, la amenaza del terrorismo internacional y otros conflictos «velados» siguen recordándonos la debilidad de la Comunidad Internacional y la intolerabilidad de los mecanismos de prevención y sanción. Y desde este punto de vista, el principio de jurisdicción universal es un criterio de atribución de jurisdicción penal basado exclusivamente en la naturaleza del delito, es decir, los efectos de los actos dirigidos en contra de los intereses de la Comunidad Internacional no quedan limitados al territorio interno del Estado en el que se cometen, ya que estos crímenes de Derecho Internacional no son asuntos internos y no rigen respecto de ellos los límites que el Derecho Internacional sienta a la expansión del poder punitivo del Estado, sobre todo en el marco del principio de no injerencia.

CUARTA. Desde un punto de vista procesal, los principios de nacionalidad activa, pasiva y principio de protección, completan el principio de justicia universal otorgando otros criterios que permiten a los tribunales de los Estados soberanos ejercer su jurisdicción sobre hechos delictivos cometidos fuera de su territorio, pero en ningún caso deben de condicionar la aplicación de este principio de carácter absoluto. Estos principios junto a los llamados «puntos de conexión», como son el interés legal compartido, el principio de personalidad pasiva y el de ejecución de normas de *ius cogens*, siguen teniendo un carácter no preferente frente al de competencia del Estado donde se ha cometido el delito o del que es nacional su autor o víctima.

QUINTA. La cuestión de la extensión territorial y personal de la competencia de persecución penal nacional permitida o exigida por el Derecho Internacional en el caso de crímenes internacionales no está por lo tanto definitivamente aclarada, como tampoco en qué casos el Derecho Internacional obliga a los Estados a perseguir crímenes internacionales.

Frente a los que reclaman la necesidad de imponer y mantener la condición de subsidiariedad en la persecución del delito que deberá ser ejercida únicamente en casos que afecten a la Comunidad Internacional en su conjunto, para poner prevenir y poner fin a los vacíos legales que dan lugar a la impunidad, otro sector, en los que me posiciono, aboga por una aplicación preferente del principio de jurisdicción universal «puro», potenciando las competencias y facultades de la Corte Penal Internacional dotándole de instrumentos para la persecución eficaz de los crímenes contra la humanidad.

SEXTA. La realidad ha demostrado que la falta de «buena fe» en la investigación y persecución de estos crímenes obliga al ejercicio de la jurisdicción universal por parte de terceros Estados como el nuestro, en aras a evitar y poner fin a la impunidad. Para evitar la intervención no deseada de estos terceros Estados, sería deseable introducir un sistema en el Estatuto de la Corte Penal Internacional de competencia «mixta», nacional e internacional, basado en plazos perentorios que implicara que una vez denunciados los hechos ante los órganos nacionales del Estado competente o ante la Comunidad Internacional y revistiendo estos los caracteres de delitos tipificados por el Derecho Penal Internacional, la competencia «*ab initio*» para el conocimiento y enjuiciamiento al Estado que resultara competente por aplicación de los llamados «principios de conexión». Si transcurrido un plazo prudencial, el Estado competente no iniciara ninguna investigación rigurosa o procedimiento penal o si bien iniciado este concluyera sin «*ius puniendi*» dicha competencia se atribuiría directamente a la Corte Penal Internacional para que en nombre de la Comunidad Internacional pueda llevar a cabo el enjuiciamiento.

SEPTIMA. No se debe identificar el principio de jurisdicción universal con el concepto Estado soberano. El derecho absoluto a la no injerencia o no intervención reconocidos en

textos Internacionales como la Carta de las Naciones Unidas, tiene como contrapartida la obligada protección de los civiles y el respeto de los Derechos Humanos y Derechos Fundamentales. Algunos Tratados Internacionales como los Convenios de Ginebra establecen el mandato de perseguir y juzgar bajo cualquier circunstancia, otros como la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de 10 de diciembre de 1984 hacen obligatoria la investigación y enjuiciamiento. Se trata en definitiva de normas del *ius cogens* internacional que facultan a los Estados para ejercer la jurisdicción universal en este tipo de crímenes internacionales. Se trata del principio *aut dedere, aut iudicare* que convierte la facultad jurisdiccional en una obligación en el momento en que se constate la presencia del presunto criminal en su territorio y se rehúse su extradición.

OCTAVA. Como la jurisdicción viene generalmente fijada con base en los principios de territorialidad o de personalidad (activa o pasiva), lo normal es acudir a los Tribunales internos del país donde se comete la agresión. Pero cuando la justicia interna se revela ineficiente, ya sea por falta de voluntad o por falta de capacidad investigadora, se deben accionar los mecanismos internacionales de protección de derechos humanos para evitar esa situación de impunidad. Múltiples instrumentos internacionales obligan a los Estados a imponer la jurisdicción universal para la persecución de este tipo de crímenes que atentan contra la humanidad en su conjunto, ya que la falta de tutela judicial frente a los crímenes internacionales por parte del país donde se han cometido, o de los países de nacionalidad de las víctimas, no puede impedir que aquellos queden impunes. Son varias las recomendaciones emitidas desde diferentes instancias internacionales para que los Estados ejerzan la jurisdicción universal con la finalidad de investigar y enjuiciar estos crímenes y así la Resolución 60/147 de 2005 de la Asamblea General de Naciones Unidas, o la Recomendación sobre jurisdicción universal y Corte Penal Internacional de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 8 de diciembre de 1998.

NOVENA. El establecimiento de la Corte Penal Internacional ha resultado ser un instrumento sumamente valioso en la lucha contra la impunidad. En el Estatuto se tipifican por primera vez en un tratado multilateral los crímenes de lesa humanidad, se tipifican asimismo como crímenes de guerra ciertos actos cometidos en conflictos armados de carácter no internacional y se potencia la función primordial de los sistemas jurídicos nacionales para poner fin a la impunidad. Los criterios a los que debe atender la CPI para asumir o no la investigación y el posterior enjuiciamiento de los delitos contra su Administración de Justicia, se limitan a una consulta antes de decidir si ha de ejercer su jurisdicción, consulta que debe ir encaminada a determinar si el Estado Parte, aun siendo Estado territorial en el que se han cometido los hechos o del que es nacional el acusado, quiere y/o puede asumir la investigación y enjuiciamiento de los mismos. En definitiva, los Estados Parte del Estatuto de Roma,

incluido España, tienen jurisdicción preferente aplicando los principios de territorialidad, personalidad activa y pasiva, protección y jurisdicción universal. La subsidiariedad de la jurisdicción se predica de la CPI no de los tribunales españoles. La jurisdicción de la CPI, además de ser subsidiaria y complementaria respecto de la de los Estados Parte, es limitada material, espacial y temporalmente.

DECIMA. La jurisdicción universal está evolucionando rápidamente como consecuencia de acontecimientos recientes de gran trascendencia. En algunos foros se ha planteado aplicar la jurisdicción universal a otros delitos de derecho internacional. Y así en la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, por ejemplo, se contempla la aplicación de la jurisdicción universal a los presuntos actos de desaparición forzada, concepto ya adoptado en el plano regional en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Actualmente la comunidad internacional está examinando también el problema de los delitos informáticos y la delincuencia organizada transnacional y se ha planteado la cuestión de la aplicación de la jurisdicción civil a actos tipificados como delitos internacionales, en el contexto del proyecto de convención de la Conferencia de La Haya sobre jurisdicción y sentencias extranjeras en asuntos civiles y comerciales. Estos acontecimientos sugieren que se están abriendo nuevos caminos para la aplicación del principio de la jurisdicción universal, lo que no significa que el ejercicio de la jurisdicción universal sea fácil de resolver ya que como hemos expuesto a lo largo de toda esta investigación, existen importantes problemas prácticos y jurídicos relacionados con la aplicación de este principio.

UNDECIMA. En España, desde 1996 la justicia española ha venido ejerciendo la jurisdicción universal con base en el artículo 23.4 de su Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 en relación con genocidio, terrorismo de Estado y crímenes de lesa humanidad en los casos de Argentina, Chile o Guatemala entre otros. La regulación de la justicia universal en nuestro ordenamiento jurídico desde su introducción de la LOPJ ley 6/1985 de 1 de Julio hasta la modificación llevada a cabo por la LO 1/2014 de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal, ha sufrido una evolución tan significativa desde la promulgación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el que se consagraba el principio de justicia universal puro sin sujeción a condicionante jurídico alguno para su aplicación, hasta nuestro días que en la práctica y después de tanta reforma, podemos afirmar que el principio de justicia universal ha desaparecido de nuestra legislación y ha sido sustituido por el principio de nacionalidad y personalidad pasiva entre otros. Si algo tienen en común las reformas del principio de jurisdicción universal de 2009 (LO 1/2009) y la de 2014 (LO 1/2014) son los mecanismos utilizados para articularlas y la intención de limitar su alcance.

DUODECIMA. Este proceso de «desaparición forzosa» tiene sus orígenes en las primeras sentencias dictadas por el Tribunal Supremo Español, que lejos de establecer un criterio único y unívoco interpretativo como hubiera sido lo deseable, acogió desde el criterio de conexidad con un «interés nacional», al «principio de necesidad de intervención» o al criterio de la norma *ius cogens* cuando provenía de una fuente reconocida del Derecho Internacional. El Tribunal Constitucional consciente de las diversas interpretaciones que sobre este principio y sus límites se venían pronunciando, en la sentencia 237/2005 instauró un principio de jurisdicción universal absoluta, concurrente y no subordinada a ninguna otra jurisdicción. La resolución rechazó el criterio de la subsidiariedad acogido por el Alto Tribunal por ser excesivamente gravoso para las víctimas y porque el mismo no aparecía recogido en nuestro ordenamiento, ni tampoco en el Convenio sobre Genocidio.

DECIMOTERCERA. La Ley de Reforma de la Legislación Procesal 1/2009 de 3 de noviembre para la implantación de la nueva Oficina Judicial nace con el objetivo de homologar la ley con el «entorno» europeo y «racionalizar» la jurisdicción universal, «adaptar y clarificar el precepto de acuerdo con el principio de subsidiariedad y la doctrina emanada del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sin embargo, lo cierto es que ni se homologó ni racionalizó, ni aclaró sino que básicamente se derogó. La esencia de la reforma fue la presencia de una conexión con un interés nacional como elemento legitimador para que las autoridades judiciales españolas puedan enjuiciar crímenes graves de trascendencia internacional cometidos en el extranjero por no nacionales contra no nacionales. El texto fue una consagración de los principios de subsidiariedad horizontal y vertical en el sentido de que los Estados debían ceder la prioridad a aquellos otros Estados que tienen un fuerte nexo con el caso, por lo general de carácter territorial o de nacionalidad de autores o víctimas. En la práctica, esta reforma conllevó el archivo de varias de las querellas presentadas ante la Audiencia Nacional que estaban siendo investigadas

DECIMOCUARTA. La LO 1/2014 se ha apoyado en los mismos argumentos de la reforma precedente. El primero de ellos, que era necesario cumplir con las obligaciones derivadas de los Tratados y Convenios internacionales, procurando una reinterpretación de su contenido porque todo ejercicio de la jurisdicción sobre delitos cometidos fuera de territorio español supone una intromisión en el ámbito de soberanía de otro Estado. El segundo, que la existencia de Tribunales Penales Internacionales y, concretamente de la Corte Penal Internacional, obligaba a replantear su alcance y a subordinar la actuación de los jueces y tribunales españoles a la de esta última. Y la tercera, que en cumplimiento de los Tratados y Convenios internacionales suscritos por España es necesario ampliar la lista de delitos perseguibles mediante jurisdicción universal.

DECIMOQUINTA. En esta última reforma uno de los aspectos más repetidos por la Exposición de Motivos es la necesaria clarificación del principio de jurisdicción universal ya que, como criterio de atribución de la jurisdicción extraterritorial, supone una invasión del ámbito de soberanía de otros Estados. Sin embargo y como se apuntó anteriormente, el respeto a la soberanía de los Estados, y por tanto a la no injerencia en asuntos internos, no son principios absolutos de acuerdo con el concepto de Comunidad internacional actual. No cabe duda que los conflictos diplomáticos creados por las actuaciones de nuestros jueces y tribunales en aplicación de este principio han sido clave a la hora de llevar a cabo esta reforma.

DECIMOSEXTA. La LO 1/2014 amplía sobremanera la inclusión de nuevos delitos para, a continuación, imponer condiciones diversas para la persecución de cada uno de ellos lo que, en la práctica, limita gravemente la jurisdicción habilitada por la actual norma. Así, la persecución de los crímenes de genocidio, lesa humanidad o crímenes de guerra se condiciona exclusivamente a que el responsable sea español o extranjero que resida en España, y que haya sido denegada una petición de extradición. La persecución de los delitos de tortura se condiciona al supuesto de que la víctima sea española o a que el responsable también lo sea o resida en España, y en este último caso a que la víctima del delito haya sido española, limitando así la obligación recogida en el artículo 5 de la Convención Contra la Tortura, de la que España es parte desde 1987. Los delitos de piratería marítima y aérea se condicionan a que el autor sea español o que las víctimas sean españolas, naveguen bajo bandera española o se encuentren en instalaciones ubicadas en la plataforma continental de España. En la trata de seres humanos se elimina la persecución de los autores de este delito cuando no se haya cometido en España, sea la víctima española o extranjera, y el responsable sea no nacional español y no resida habitualmente en España. En delitos de corrupción entre particulares o en las transacciones económicas internacionales limita su persecución nuevamente a los supuestos de que el delito haya sido cometido por un español o extranjero residente habitual en España o por persona jurídica residente en España o empleado o colaborador de persona jurídica residente en España. En los asuntos de violencia doméstica, dejará de poder perseguirse este delito cometidos fuera de España, aun cuando la víctima sea española, si el responsable no es español ni se encuentra en España.

DECIMOSEPTIMA. Igualmente la reforma hace un tratamiento diferenciado a la hora de perseguir los crímenes de las víctimas nacionales españoles *ratione temporis*, y se elimina la posibilidad de que una acusación popular inicie las actuaciones mediante denuncia o querrela, vía habitual de inicio de este tipo de procedimientos, a la vista de la dificultad que en muchos casos entraña encontrar y traer a España a víctimas de delitos internacionales ocurridos fuera de España. Si bien es cierto, que una vez acreditada la existencia de jurisdicción no existe limitación a la persecución de los delitos, más allá de las propias limitaciones impues-

tas por los tratados internacionales de los que España es parte y por los principios generales del derecho internacional, en la práctica las múltiples exigencias establecidas para conocer de un asunto , hacen imposible o limitan hasta tal extremo su conocimiento.

DECIMOCTAVA. La posible existencia de otros procedimientos abiertos es uno de los aspectos a los que alude La LO 1/2014. La reforma, distingue entre procedimientos abiertos por Tribunales Internacionales constituidos conforme a Tratados y Convenios, y aquéllos iniciados por el Estado en cuyo territorio se hubiesen cometido los delitos o cuya nacionalidad ostentara «la persona a (sic) que se impute su comisión». Si el procedimiento lo inicia un Tribunal internacional, la LO 1/2014 no exige condición adicional alguna. La norma trata de evitar la apertura (*ab initio*) de un procedimiento ante un tribunal español cuando ya se haya iniciado uno por otro internacional. Nada parece impedir su apertura cuando ese procedimiento no exista a nivel internacional e incluso, cuando existiendo, no recaiga ni sobre la misma persona ni sobre los mismos hechos. Tampoco cuando, en el caso de procedimientos ante la CPI nos encontremos ante investigaciones preliminares de situaciones. Para valorar o no la existencia de un procedimiento «válido» abierto por otro Estado, la LO 1/2014 crea un trámite similar al establecido en sede de CPI para que la Sala Segunda del Tribunal Supremo (TS), previa exposición razonada por el juez o tribunal, valore si el Estado que «ejerce la jurisdicción no está dispuesto a llevar a cabo la investigación o no pueda realmente hacerlo». Esta fórmula convierte al juez a quien no se permite perseguir los delitos y, posteriormente al TS, en órganos verificadores de la autenticidad de procedimientos judiciales extranjeros.

DECIMONOVENA. Finalmente, la Disposición Transitoria Única de la LO 1/2014 impone el sobreseimiento de todas las causas en trámite hasta que no se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en ella, lo que comporta una intromisión del Poder Legislativo en el Judicial al imponer el sobreseimiento provisional de la causa tramitada y así ha sido interpretado por nuestros Tribunales en las últimas resoluciones dictadas en las que abordan los efectos sustantivos y procesales de la reforma sobre las causas pendientes.

VIGESIMA. El diferente trato conferido por la LO 1/2014 con respecto a exigencia de víctimas españolas o de residentes en España en relación con unos delitos y su exclusión con respecto a otros, la exigencia de querella previa del Ministerio Fiscal o del agraviado, convirtiendo estos delitos en delitos semipúblicos y la eliminación de la acusación popular, consagrada en el art. 125 suponen una vulneración del principio de igualdad (art. 14 CE) y del acceso a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y un incumplimiento previo de las obligaciones impuestas por instrumentos internacionales en materia de DDHH de los que España es parte. No resulta atrevido aventurar que el Tribunal Constitucional corregirá nuevamente estos desvíos ,pero tampoco resulta atrevido afirmar que nuevamente

el poder político hará caso omiso de ella en una nueva reforma que bloqueara aún más si cabe cualquier posibilidad de lucha contra la impunidad y el abuso de poder.

VIGESIMOPRIMERA. El primer delito respecto del cual se invoca la jurisdicción universal es la piratería. Si bien la mayoría de los actos ilícitos ocurrían en aguas territoriales y por ende sometidos a la jurisdicción de un Estado ribereño, conforme a su legislación interna, con la aparición de los «piratas de Somalia», una buena parte de esos ataques empezó a tener lugar en alta mar o en lugares no sometidos a la jurisdicción de ningún Estado, respecto de los cuales cualquiera podía apresar y juzgar a sus responsables. El abordaje del buque Alakrana y anteriormente el pesquero Nepheli, suscitaron una serie de problemas sustantivos y procesales, referidos fundamentalmente a la competencia de los Tribunales Españoles para conocer de ellos y cómo deberían ser tipificados pues que en esos momentos, el delito de piratería no estaba tipificado como delito en el Código Penal, aunque sí en el proyecto de reforma del mismo y en el artículo 23 de la LOPJ que les atribuía competencia para conocer de este delito en virtud del principio de justicia universal.

VIGESIMOSEGUNDA. Frente a los que opinaban que al tratarse de delitos comunes (detención ilegal, secuestro, robo) la competencia nunca sería de la propia Audiencia Nacional, hubo otro sector que consideró que, en virtud de cuanto establece la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (Montego Bay, 1982), no existía inconveniente legal alguno para calificar de piratería el abordaje de buques como el Alakrana y el Nepheli, lo que no conllevaría la condena por delito de piratería, sino por las figuras comunes de detención ilegal o secuestro, además de los posibles delitos conexos. Tras varios años sin regulación específica, y como necesidad de dar respuesta a la problemática de los eventuales actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima y aérea, se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico el delito de piratería por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de julio por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal. Hasta entonces, la doctrina se hallaba dividida al respecto.

VIGESIMOTERCERA. Tras la reforma de la Ley 6/1985 de 1 de Julio por la Ley 1/2009 de 3 de noviembre del artículo 23 LOPJ la competencia de los órganos judiciales españoles para conocer del delito de piratería marítima exigió que los presuntos responsables se encontraran en España, que existieran víctimas de nacionalidad española o se constatará algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se hubiera iniciado procedimiento que supusiera una investigación y una persecución efectiva.

VIGESIMOCUARTA. Esta reforma supuso que los Tribunales Españoles podrían ser competentes para conocer del delito de piratería cometido en aguas interiores, mar territorial

o zona contigua españolas cualquiera que fuera la nacionalidad del buque pirata o del buque o plataforma atacados. Asimismo también eran competentes para conocer del delito de piratería cometido a bordo de buques o aeronaves españoles aunque , si el delito se cometía en alta mar o en espacio marítimo no sometido a jurisdicción de ningún Estado, tal competencia cedería a favor del Estado del pabellón del buque de guerra o aeronave militar (u otros de Estado debidamente autorizados) que hubieren realizado el apresamiento del buque pirata, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 105 CNUDM, salvo que el Estado renunciara al ejercicio de su jurisdicción, o simplemente no la ejerciera en el caso en que las víctimas fueran españolas, o los presuntos responsables se encontraran en España, o se constataste algún otro vínculo de conexión relevante con España. Por último también sería competente para conocer del delito de piratería en el caso en que el apresamiento del buque pirata lo realizara un buque de guerra o aeronave militar de estado debidamente autorizados, siempre que el apresamiento se hubiera efectuado en alta mar o en lugares no sometidos a la jurisdicción de ningún Estado. En este caso, la competencia para su enjuiciamiento correspondería a los tribunales españoles, en virtud de lo dispuesto en el artículo 105 de la CNUDM y con las mismas excepciones que las contempladas en los dos supuestos anteriores.

VIGESIMOQUINTA. Por último tras la reforma operada por la Ley 1/ 2014 y como ya hemos analizado *supra* , la persecución de los delitos de piratería marítima y aérea se condicionan a que el autor sea español o que las víctimas sean españolas, naveguen bajo bandera española o se encuentren en instalaciones ubicadas en la plataforma continental de España. Desaparece así la posibilidad de persecución de cualquier delito de piratería cuando la víctima no sea española, no navegue bajo pabellón español o no se encuentre en una instalación ubicada en la plataforma continental española.

BIBLIOGRAFIA

- ABI-SAAB, G.** «Fragmentation or Unification: Some Concluding Remarks», 1999.
- ALCAIDE FERNANDEZ, J. / MARQUEZ CARRASCO, M.C.** «In Re Pinochet», AJIL, vol. 93, 1999.
- ALMADA, M.** «El descubrimiento de los archivos secretos de la policía política de Paraguay. Operativo Cóndor; impacto sobre la justicia universal», en El principio de justicia universal, Madrid, Editorial Colex 2001.
- ALMAGRO NOSETE, J.** «Comentarios al artículo 24», en Constitución Española de 1978: Comentarios a las leyes políticas, Tomo III, Madrid Editorial Edersa, 1983.
- ALMAGRO NOSETE, J.** «Los límites de la jurisdicción», en ALMAGRO / GIMENO / CORTES / MORENO, Derecho procesal. Tomo I (Vol. I). Parte General. Proceso Civil (1), 4.^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1989.
- ALONSO DE ANTONIO A.L.** «El derecho a la inviolabilidad domiciliaria en la Constitución española de 1978», Editorial Universitas, 2013.
- ALVAREZ GARCIA J.** «Sobre el principio de legalidad», Valencia: Tirant Lo Blanch. 2009.
- AMBOS, K. / MALARINO, E. / ELSNER, G.** «Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional. Con un informe adicional sobre la jurisprudencia italiana, Montevideo». Editorial Fundación Konrad Adenauer, 2008’.
- AMBOS, K. / WIRTH, J.** «The current Law of Crimes Against Humanity», en Criminal Law Forum 13: 2002.
- AMBOS, K.** «Derechos Humanos y Derecho intencional», Diálogo Político. Publicación trimestral de la Konrad-Adenauer-Stiftung, Editorial A. C. 2004.
- AMBOS, K.** «Fundamentos de la imputación en derecho internacional penal», México D.F, Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, 2009.
- AMBOS, K.** «Impunidad, Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional». Venezuela, Editorial Nueva Sociedad «Fundación Friedrich Ebert, 999.
- AMBOS, K.** «La Corte Penal Internacional», Buenos Aires, Editorial Rubinzel-Culzoni, 2007.

- AMBOS, K.** «Parte General del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática», Traducción de E. MALARINO, Montevideo, Editorial Konrad Adenauer. Montevideo 2005.
- AMBOS, K/GUERRERO, O.J.** «El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional» Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia, 1999.
- ANDRES DOMINGUEZ A.C.** «Derecho Penal internacional», Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2006.
- ANSUATEGUI ROIG, F.J.** «Poder, ordenamiento jurídico, Derechos» Madrid Editorial Dikynson 1997
- ANTON ONECA, J.** «Derecho penal», Madrid, Editorial Reus 1986.
- ARRIOLA, J. / BONILLA, J. / DEL CAMPO, M.** «Hugo Grocio: en los orígenes del pensamiento internacional moderno» documento de Investigación N.º. 59 Uruguay, Editorial Facultad de Administración y Ciencias Sociales Universidad ORT, 2010.
- ARROYO, I.** «Curso de Derecho Marítimo», Barcelona Editorial Bosch Editor, 2001.
- ARROYO MARTINEZ. I.** «Legislación marítima y fuentes complementarias» Madrid, Editorial Tecnos, 1994
- ARROYO ZARATERO / BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I.** «Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, In Memoriam», vol. 1, Cuenca . Editorial Universidad Castilla La Mancha, 2001.
- AZCARRAGA Y BUSTAMANTE, J.L.** «Derecho del mar», dos Vols., Madrid, Universidad de Alcalá de Henares y Editorial Naval, 1983.
- AZCARRAGA Y BUSTAMANTE, J.L.** «Derecho Internacional Marítimo», Barcelona Editorial Ariel, 1970.
- AZCARRAGA Y BUSTAMANTE, J.L.** «Legislación marítima y fuentes complementarias», Madrid, Editorial Tecnos, 1994.
- AZCARRAGA Y BUSTAMANTE, J.L.** «Sinopsis de Derecho Internacional Marítimo», Barcelona Editorial Marín, 1970.
- BACIGALUPO, E.** «Principios de Derecho Penal, Parte General», Madrid, 4.^a edición, Editorial Tecnos, 1997.
- BASSIOUNI, M.C.** «Crimes against humanity in International Criminal Law», Editorial Nijhoff, Dordrecht, 1992.

- BASSIOUNI, M.C.** «El Derecho Penal Internacional. Proyecto de Código Penal Internacional», Madrid, Editorial Colex 1984.
- BASSIOUNI, M.C.** «International Terrorism: Multilateral Conventions (1937–2001)», Nueva York, Editorial Transnational Publishers, 2001.
- BASSIOUNI, M.C.** «La función sancionadora del Derecho Penal Internacional en los procesos de protección internacional de los Derechos humanos: Un continuo de dos disciplinas», en Reformas Penales en el Mundo de hoy, Cursos de Verano 1983 del Instituto Vasco de Criminología de la Universidad del País Vasco, San Sebastián, Madrid, 1984.
- BECCARIA, C.** «De los delitos y de las penas», Buenos Aires, Editorial Alianza Editorial, 1958.
- BELING, E.** «Las prohibiciones de prueba como límite a la averiguación de la verdad en el proceso penal», conferencia pronunciada en 1903, recogida en VV.AA., Las prohibiciones probatorias, Editorial Temis, Bogotá, 2009.
- BELTRAN MONTOLIU, A.** «La Corte Penal Internacional (Un estudio interdisciplinar)», Editorial Tirant lo Blanch, 2003
- BELTRAN MONTOLIU, A.** «La Corte Penal Internacional (Un estudio interdisciplinar)», Editorial Tirant lo Blanch, 2003
- BELTRAN MONTOLIU, A.** «Los Tribunales penales internacionales ad hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda: Organización, proceso y prueba». Editorial Tirant lo Blanch, 2003.
- BENADAVA, S. / LEON STEFFENS A.** «Nuevo derecho Internacional», Political Science, Ed. Tecnos, Madrid, 1992.
- BENTHAN, J.** «An Introduction to the Principles of Morals and Legislation». Hafner publishing, Connecticut, 1970.
- BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I. / ARROYO ZAPATERO, L.** «Manual de Derecho penal. Parte General I. Instrumentos y principios básicos del Derecho penal», Barcelona, editorial Praxis, 1994, pág. 71.
- BETTATI, M.** «Un droit d'ingérence? Politique étrangère», 1996.
- BI-SAAB, G.** «Wars of national liberation and the laws of war», Ginebra, Editorial Annales d'Etudes Internationales, 1972.
- BIANCHI, A.** «Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case», EJIL, 1999.

- BLANCO CORDERO, I.** «El principio de jurisdicción universal. Su aplicación por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 25 de febrero de 2003. Caso Guatemala», Editorial Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense, N.º 1, 2004.
- BOLLO AROCENA, M.D.** «Derecho Internacional Penal: Estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión», Bilbao, Editorial Universidad del País Vasco, Bilbao, 2004.
- BOLLO AROCENA M.D.** «La Corte Penal Internacional: ¿un instrumento contra la impunidad?», «La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal», Madrid, Editorial Universidad del País Vasco, 2004.
- BONETO, L. M.** «Corte Penal Internacional», en Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales. Libro Homenaje al profesor Claus Roxin, Córdoba (Argentina), Editorial Facultad de Derecho Universidad, 2001.
- BOWETT, D.W.** «La ley de la Instituciones Internacionales», Editorial Sweet & Maxwell, 1982.
- BUCKLE, S.** «El derecho natural», Madrid, editorial Alianza, 1995.
- BUENO ARUS, F. / MIGUEL ZARAGOZA, J.** «De Manual de Derecho Penal Internacional», Madrid, Editorial Universidad Pontificia de Comillas, 2003.
- BUENO ARUS, F.** «El Tribunal Penal Internacional», en Consolidación de Derechos y garantías: los grandes retos de los Derechos humanos en el siglo XXI. Seminario conmemorativo del 50 Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Madrid, Editorial Consejo General del Poder Judicial, 1999.
- BUSTOS RAMIREZ, J.** «Manual de Derecho penal. Parte general», Barcelona, Editorial S.A, PPU, 1994.
- CABEZUDO RODRIGUEZ, J.** «La Corte Penal Internacional», Madrid, Editorial Colección de Estudios Penales, 2000.
- CACERES RUIZ, L.** «La Corte penal internacional. El Estatuto de Roma», Editorial Vision Net, 2006.
- CAPELLA I ROIG, M.** «La tipificación internacional de los crímenes contra la humanidad», Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2005.
- CAPELLÀ I ROIG, M.** «Los crímenes contra la humanidad en el caso Scilingo», REEL, n.º 10 2005.

- CARMONA SALGADO, C. / MORILLAS CUEVA, L. / POLAINO NAVARRETE, M.** Editorial Tecnos, Madrid, 1994
- CARRE DE MALBERG, R.** «Teoría general del Estado de Mexico, FCE», Editorial UNAM, Facultad de Derecho, 1998.
- CARRILLO SALCEDO, J.A.** «La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional» Madrid, Editorial Consejo General del Poder Judicial, 2000.
- CARRILLO SALCEDO, J.A.** «Soberanía del Estado y derecho internacional», Editorial Universidad de Sevilla, 2005 .
- CARRILLO SALCEDO, J.A.** «Soberanía de los Estados y Derechos Humanos». Editorial Tecnos. Edición actualizada.
- CASSESE, A.** «International Law», Oxford University Press, U.S., 2001.
- CASSESE, A.** «L'influence de la CEDH sur l'activité des Tribunaux pénaux internationaux, Crimes internationaux et juridictions internationales», Paris, Editorial Presses Universitaires de France, 2002.
- CASSESE, A.** «The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary Advisory board», Oxford University Press, 2002.
- CASTILLO DAUDI, M. / SALINAS ALCEGA, S.** «Responsabilidad penal del individuo ante los Tribunales Internacionales», Valencia. Editorial Tirant lo Blanch, 2007.
- CEPPI, G.** «Normas de derecho marítimo de guerra», Buenos Aires, Editorial García Santos, 1932.
- CEREZO MIR, J.** «Curso de Derecho penal español». Parte general, Introducción 5.^a edición. Madrid, Editorial Tecnos, 1996.
- CHARNEY, J.** «The Impact on the International Legal System of the Growth of International Courts and Tribunals», 31 N.Y.U.J Int'l L. & Pol. 1999.
- CHAUMONT, C.** «Cours General de Droit International Public», en RCADI, vol. 129, 1970.
- CHOCLAN MONTALVO, J.A.** «La prueba videográfica en el proceso penal: validez y límites», Editorial Revista del Poder Judicial núm. 38, junio de 1995.
- CISTERNA PINO, R.** «La Detención por Flagrancia en el Nuevo Proceso Penal», Editorial Librotecnia, 2001.

- COBO DEL ROSAL, M.** «Derecho Penal», Parte General, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1999.
- COLIVER, S. / GREEN, J. / HOFFMAN, P.** «Holding Human Rights Violators Accountable by Using International Law in U.S. Courts: Advocacy Efforts and Complementary Strategies», *Emory Int'l L. Rev.*, vol. 19, 2005.
- COMAS DE ARGUEMIR, M.** «La aplicación judicial del principio de justicia universal en España, el principio de justicia universal», Editorial Universidad Rovira y Virgili, 2001.
- CONDORELLI, L.** «Intervention Humanitaire et/ou Assistance Humanitaire? Quelques Certitudes et beaucoup d'interrogations» en *International Legal Issues arising the United Nations Decade of International Law (AL-NAUIMI, N. & MECE, R. ED.)*, Martinus Nijhoff, The Hague/Boston/London, 1995.
- CORDOBA RODA, J.** «Comentarios al Código penal, tomo III», Ediciones Bosch, Barcelona, 1978.
- CORTES DOMINGUEZ, V.** «La nueva regulación de la competencia jurisdiccional internacional en materia civil. (Arts. 21 y 22 LOPJ)», en *Justicia*, 1985
- COTLER, I.** «Regina v. Finta [1994] 1 SCR 701. Supreme Court of Canada, March 24, 1994», *AJIL* vol. 90, núm. 3, 1996.
- COURSIER, H.** «La protección de las poblaciones civiles en tiempo de guerra, Guerra Moderna», vol. 5, Cáceres, Editorial Boxoyo Libros, 1958.
- COURSIER, H.** «Los elementos esenciales del respeto a la persona humana en el Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra», *RICR - Suplemento Español*, vol. II, Octubre, 1950.
- CUELLO CALON, E.** «Derecho penal», parte especial, Tomo II, vol. I, Madrid, Editorial Tecnos, 1980.
- CUERDA RIEZU, A. / RUIZ COLOME, M. A.** «Observaciones sobre el Estatuto del Tribunal Penal Internacional», en *CEREZO MIR, J. / SUAREZ MONTES, R.F. / BERISTAIN IPIÑA / C. M. ROMEO CASABONA*. Editorial Ara Editores Peru, 1998.
- DAVID, E.** «Mercenaires et volontaires internationaux en droit des gens», Bruselas, Centre de droit international de l'Institut de sociologie, 1978.
- DELGADO CANOVAS, J.B.** «Naturaleza y estructura básica del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia», Granada, Edit. Comares, 2000.

- DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, M.** «Piratería, en Enciclopedia jurídica básica», Tomo III, edición Cívitas, 1995.
- DIEZ DE VELASCO, M.** «Instituciones de Derecho Internacional Público», Editorial Tecnos, 1998.
- DIEZ DE VELASCO, M.** «Instituciones de Derechos Internacional Público», Madrid, Editorial Tecnos, 1980.
- DIEZ SANCHEZ, J.J.** «El Derecho Penal internacional (ámbito espacial de la ley penal)», Madrid, Editorial Colex 1990.
- DUPUY, P. M.** «Droit International Public», 3.^a edición, París Editorial Dalloz, 1995.
- ESCOBAR HERNANDEZ, C.** «Creación de una jurisdicción penal internacional», Madrid, 2000, Editorial Escuela Diplomática -Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y de Relaciones Internacionales- Boletín Oficial del Estado.
- ESCOBAR HERNANDEZ, C.** «El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional», en Hacia una Justicia Internacional, Jornadas de estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Editorial Ministerio de Justicia, 2000, Madrid.
- ESER, A. / GROPENGIESSER, H.** «Kreiker, Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen», 2003.
- ESER, A.** «Hacia un Derecho Penal mundial», Granada, Editorial Estudios de Derecho Penal y criminología, 2009.
- ESPINAR VICENTE-RUIZ J.M.** «Derecho internacional privado español. Derecho Penal internacional español», Granada, Editorial Comares, 1988.
- ESPINAR VICENTE, J.M.** «Tratado elemental de Derecho internacional privado», Editorial Universidad de Alcalá de Henares, 2008.
- FENECH NAVARRO, M.** «El proceso penal», Madrid, Editorial Agesa, 1978
- FERNANDEZ DOTU, P.** «El derecho de Presa en la guerra marítima, en Comentarios al Código Penal Militar», Madrid, Editorial Civitas, 1988.
- FERNANDEZ SEGADO, F.** «El sistema constitucional español», Madrid, Editorial Dykinson, 1992.
- FERRER LLORET, J.** «Impunity in Cases of Serious Human Rights Violations: Argentina and Chile», SPYBIL, vol. 3, 1993-1994.

- FIGUEROA NAVARRO, A.** «Aspectos de la protección del domicilio en el derecho español», Editorial Edisofer, Madrid, 1998.
- FOLCHI, M. O.** «Los delitos aeronáuticos», Buenos Aires, Editorial Astrea, 1970.
- GABALDON GARCIA J.L. y RUIZ SORIA, J.N.** «Manual de Derecho de Navegación Marítima». Segunda Edición, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2004.
- GARCIA. AVILES A.** «Los crímenes del Estado y su gestión». Editorial Los Libros de la Catarata, año 2009.
- GARCIA ARAN, M.** «Crimen internacional y Jurisdicción universal», Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2000.
- GARCIA TORRES, J.** «Derechos fundamentales y relaciones entre particulares», Madrid, Editorial Civitas, 1986.
- GARRIGUES DIAZ CAÑABETE, J.** «Curso de derecho mercantil», México, Editorial Porrúa, 1993.
- GARZON CLARIANA, G.** «Los propósitos y los principios de las Naciones Unidas en las Organizaciones Internacionales, 12», edición decimosexta, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2010.
- GAVARA DE CARA J.C.** «La proyección interna de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales», el artículo 10.1 CE, Barcelona, Editorial Bosch, 2011.
- GERMAN HASSEL. G.** «La validez del derecho penal», Editorial Cruz del Sur, Buenos Aires.
- GIDEL, G.** «Droit international de la mer», Tome I, Vaduz, Liechtenstein: Topos Verlag, 1981.
- GIL GIL, A.** «Derecho Penal Internacional. Especial consideración del delito de genocidio», Madrid, Editorial Tecnos 1999.
- GIL GIL, A.** «El genocidio y otros crímenes internacionales» Valencia, Editorial UNED 1999.
- GIL GIL, A.** «Informes Nacionales», en Persecución Penal Nacional de Crímenes Internacionales en América Latina y España, de Kai Ambos y Ezequiel Malarino, Uruguay, Montevideo (Uruguay): Fundación Konrad Adenauer, 2003.
- GILMAN, DANIEL COIT J.M.** «Old Barely Adequate» biography. Editorial James Monroe, 1911.

- GIMENO SENDRA, V.** «Los Derechos Fundamentales y su Protección Jurisdiccional», Editorial Colex 2007.
- GINSBURG / KUDRIAVTSEV**, «The Nuremberg Trials and International Law», Nijhof, Dordrecht, 1990.
- GOMEZ BENITEZ, J.M.** «La Corte Penal Internacional como órgano de jurisdicción universal. Reflexiones sobre su ámbito de competencia y su naturaleza complementaria», editorial Actualidad Penal, núm.3, 2002.
- GONZALEZ-TREVIJANO, P.J.** «La inviolabilidad del domicilio» Madrid, Editorial Tecnos, año 1992.
- GONZALEZ CAMPOS-SANCHEZ J.L. / RODRIGUEZ-SAENZ DE SANTA MARIA, P.A.** «Curso de Derecho Internacional público», Madrid, Editorial Civitas 2008.
- GONZALEZ MONTES, J.L.** «La prueba ilícita», Persona y Derecho», Pamplona, Editorial Universidad, 2006.
- GONZALEZ VEGA, J.A.** «La Audiencia Nacional contra la impunidad: los "desaparecidos" españoles y los juicios a los militares argentinos y chilenos», Editorial REDI, 1997.
- GROCIO, H.** «De iure belli ac pacis» Libro II, cap 21, párrafo 3 y 4, traducción inglesa: The Law of War and Peace, 1995.
- GUARDANS CAMBO, I.** «Entregas extraordinarias, torturas y vuelos de la CIA», en CUERDA RIEZU, A. / JIMENEZ GARCIA, F. (dirs.), Nuevos desafíos del Derecho penal internacional, Madrid, Editorial Tecnos, 2009.
- GUEVARA BERMUDEZ, J.A.** «Manual básico sobre la Corte Penal Internacional», Editora Fundación Konrad Adenauer, México, 2009.
- GUTIERREZ GUTIERREZ, I.** «Dignidad de la persona y derechos fundamentales», editorial Marcial Pons, 2005.
- GUTIERREZ GUTIERREZ, I.** «Volver a las fuentes. Los derechos fundamentales de los extranjeros en la Constitución y en la jurisprudencia constitucional», Revista General de Derecho Constitucional, núm. 12, 2011
- GUTTERIDGE, A.C.** «The rights and obligations of an occupying power», Ed The Yearbook of World Affairs «(Londres), vol. 6, 1952.

- HABERLE, P.** «A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal», en Wolfgang Sarlet, Ingo (Org.). *Dimensoes da Dignidade*. Ed. Livraria Do Advogado Porto Alegre 2005
- HAGGENMACHER, P. / PERRUCHOUD, R. / DIPLA, H.** «Court Permanente de Justice Internationale 1922-1945», vols 5 - i y ii - 5, Edi. Permanent Court of Inst. Justice 1989.
- HENKIN, L.** «Ratificación de los Derechos Humanos», AJIL 89 1995, Columbia University Press.
- HERNADEZ GIL, A.** «El cambio político español y la Constitución», Madrid, Editorial Planeta, 1982.
- HIGGINS, R.** «Policy Considerations and the International Judicial Process», 17 Int'l Comp.L.Q. 1968.
- HIGGINS.R.** «Problems and Process: International Law and How We Use It», Editorial Oxford University Press, New York, 1994
- HIJAS PALACIOS, J.** «Reflexiones jurisprudenciales sobre el Código Penal. Libro II (VIII)», Editorial Actualidad Penal, tomo 2, 1991.
- HILDERBRAND, R.C.** «Los Orígenes de las Naciones Unidas y de la Búsqueda de seguridad en la Posguerra», Editorial Instituto Colombiano Agropecuario, 1990.
- HINOJOSA SEGOVIA, R.** «La persecución de los Delitos en casos supranacionales», en Cuadernos de Derecho Judicial, t. IX, 1999.
- JELLINEK, G.** «Teoría general del Estado» (trad. de Fernando de los Ríos Urruti), Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1914, pág. 177.
- JELLINEK, G.** «Teoría General del Estado», editorial Fondo de Cultura Económica de España, 2012.
- JESCHECK, H.H.** «Tratado de Derecho Penal, Parte General», Barcelona, Editorial Bosch 1981.
- JESSBERGER, F.** «International Criminal Law: Universal Jurisdiction» National Reports, Revue Internationale de Droit Pénal, 2008.
- JIMENEZ DE ASUA, L. / ANTON ONECA, J.** «Derecho Penal conforme al Código de 1928». Madrid, Editorial Reus, 1929

- JIMENEZ DE ASUA, L.** «Tratado de Derecho Penal», t. II, Buenos Aires, 3.^a edición, Losada 1964.
- JONATHAN G.C.** «Derechos Humanos Pactos», EPLL II, 1995.
- JONES J.R. / STEVEN POWLES.** «International Criminal Practice: The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, the International Criminal Tribunal for Rwanda, the International Criminal Court, and the Special Court for Sierra Leon», editorial Transnational Publishers, 2003
- JUANES PECES, A.** «Competencia de la audiencia nacional en los delitos de piratería», 2010.
- JUANES PECES, A.** «Competencia de la audiencia nacional en los delitos de piratería» Editorial Aranzadi, Editorial Civitas 2010.
- KANE, S. / MARTIN, S.** «Pirates et terroristes en mer d'Asie», Ed. Autrement, Paris, 2005'.
- KEEN, M.** «Las leyes de guerra a finales de los Edad Media», 1993.
- KELSEN, H.** «Derecho y paz en las relaciones internacionales», editorial Fondo de Cultura Económica, segunda edición, México, 1986.
- KELSEN, H.** «Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale», edición a cargo de A. Carriño, Giuffrè, Milan, 1989.
- KIELSGARD, M.** «The legality principle in sentencing at the ECCC: making up law as it goes along?», en Asia Journal of International Law, n.º 2.2011.
- KLAMBERG, M.** «International Criminal Law in Swedish Courts: The Principle of Legality in the Arklöv Case», Int'l Crim. L. Rev. 9 2009.
- KRASNER, S.** «Structural Causes and Regime Consequences: Regimes as Intervening Variables» Vol.40, No.3 1986.
- KRUSE-JENSEN, C.** «Traits dominants de la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre du 12 août 1949», Legal essays: a tribute to Frede Castberg, Copenhagen, 1963.
- LAMARCA PEREZ, C.** «El principio de justicia universal y la competencia de la jurisdicción española en los casos de Argentina y Chile», en ARROYO ZARATERO, L.A. / BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I. (Directores), Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, In Menoriam, vol. 1, Cuenca, ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha y Ediciones Universidad de Salamanca, 2001.

- LAMARCA PEREZ, C.** «Internacionalización del Derecho penal y principio de legalidad: el caso Scilingo», Editorial La Ley penal, núm. 34, enero 2007.
- LATORRE, A.** «Introducción al Derecho». Editorial Ariel, Barcelona, 2002.
- LAURENZO COPELLO, P.** «Hacia la Corte Penal Internacional, Crímenes contra la humanidad y genocidio», Ministerio del Interior, Madrid, 2000.
- LAUTERPACHT, H.** «The Development of International Law by the International Court», Cambridge University Press, Cambridge, 1996.
- LAUTERPACHT / HERSCH,** «The Development of International Law», by the International Court, Cambridge University Press, 1996.
- LAZAREFF, S.** «Status of military forces under current international law», Leyden, Sijthoff, 1971.
- LIOBET ANGLI, M.** «El alcance del principio de jurisdicción universal según el Tribunal Constitucional», Indret: Revista para el Análisis del Derecho, N.º. 4, 2006.
- LIROLA DELGADO, I.** «La competencia material de la Corte Penal Internacional. La relación con el proyecto de Código de Crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad, Creación de una jurisdicción penal internacional», Escuela Diplomática, Madrid, 2000.
- LOZANO CONTRERAS, F.** «Convicts in Air: Implementation by the CIA of the extraordinary rendition programme in European territory. Special reference to Spanish practice», SYIL, vol. XII, 2008.
- LUCAS VERDU, P.** «Estimativa y política constitucionales», Madrid, UCM, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, 1984.
- LUZON PEÑA, D.M.** «Curso de Derecho penal. Parte general 1», Madrid, Editorial Universitas, 1996, pág. 202.
- MACDONALD / JOHNSTON,** «El impacto de las organizaciones internacionales en la Desarrollo y Aplicación de Derecho Internacional Público».
- MACDONALD / SWAAK-GOLDMAN,** «Int. Criminal Law», 2000.
- MAGNARELLA PAUL, J.** «Justice in Africa: Rwanda 's genocide, its courts, and the UN Criminal Tribunal», Aldershot, Ashgate, 2001.
- MALANCZUK, P.** «American Civil Guerra», EPIL I, 1992.

- MALANZUCK, P.** «Akehurt's Modern Introduction International Law», Decimoseptima edition, 1997.
- MANZANOS BONIFAZ, A.** «Sistemas penitenciarios militares y el régimen disciplinario para los prisioneros de guerra», México, Tesis, 1950.
- MARQUEZ CARRASCO, C. / MARTIN MARTINEZ, M.** «El principio de jurisdicción universal en el ordenamiento jurídico español: pasado, presente y futuro», AMDI, vol. XI, 2011.
- MARTINEZ GUERRA, A.** «La reforma del molesto principio de Justicia Universal y sus primeras Consecuencias», Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad, N.º 7, septiembre 2014-2015.
- MARTIN OSANTE, J.M.** «La Responsabilidad Civil del Naviero por abordaje», Ed. Servicio Central de Publicaciones del País Vasco). Año 2001.
- MARTIN OSANTE J.M.** «Régimen jurídico del abordaje en la propuesta del anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima», Editor Marcial Pons, 2004.
- MATIA PORTIILLA F.J.** «El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio; prólogo de Paloma Biglino Campos». Editorial McGraw-Hill Interamericana de España, 1997.
- MAURACH, R.** «Tratado de Derecho Penal», traducción y notas de Juan Córdoba Roda, Barcelona, 1966.
- MERON, T.** «Perspectivas sobre el Derecho de la guerra en el Baja Edad Media», Editorial American Society of International Law, 1993.
- MIAJA DE LA MUELA, A.** «Derecho internacional privado, II, Parte especial», Ediciones Atlas, Madrid, 1987.
- MIAJA DE LA MUELA, A.** «Introducción al Derecho internacional público», Ediciones Atlas, Madrid, 1979.
- MIR PUIG, S.** «Introducción a las bases del Derecho penal», Editorial Bosch, Barcelona, 1982.
- MOLINA GUAITA, H.** «Derecho constitucional», Editor LexisNexis, Santiago de Chile, sexta edición, 2006.
- MOMTAZ, D.** «La piraterie en haute mer». Págg. 505. En «Droit International Pénal. Editorial A.Pedone. Paris. 2000.

- MORATIEL VILLA, S.** «Escuela española del nuevo derecho de gentes», en RICR .
- MORENO MAILLO, L.** «Modelo policial español y cooperación policial europea: incidencia y efectos "Conferencia internacional" La seguridad europea en el siglo XXI», Universidad de Granada, 2001.
- MORILLAS CUEVA, L.** «Curso de Derecho penal español. Parte general», Madrid, Editorial Marcial Pons, 1996, pág. 120.
- MUÑOZ CONDE, F.** «Derecho penal. Parte especial», Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.
- MUÑOZ CONDE / GARCIA ARAN,**« Derecho penal, Parte general», Valencia, 2010.
- NADYA SADAT, L.** «Ghost Prisoners and Black Sites: Extraordinary Rendition under International Law», 37 Case W. Res. J. Int'l L. 2006.
- NEWTON, A.** «International criminal law aspects of the war against terrorism», en F. Borch y P. Wilson (eds.), International Law and the War On Terror, US Naval War College International Law Studies, N.º 79, 2003.
- OLLE SESE, M.** «Justicia Universal para crímenes internacionales», Editora La Ley, Madrid, 2008.
- OLLE SESE. M.** «El principio de justicia universal en España: del caso Pinochet a la situación actual», 2009.
- OPPENHEIM, L.** «International Law», London: Longmans, Green & Co, London, 1912'.
- OSOSFKY, H.M.** «Domesticating Internacional Criminal Law: Bringing Human Rights Violators to Justice», Yale LJ, vol. 107, 1997.
- O'BRIEN, J.C.** «Current Developments, American Journal of International Law», vol 87, 1993.
- PARRY, C.** «La Liga de las Naciones», 1983 pág. 192-201; La Liga de Naciones en Retrospect: Procedimientos de el Simposio. Organizado por la Biblioteca de las Naciones Unidas y la Graduate Instituto de Estudios Internacionales, Ginebra, 6 a 9 noviembre 1980, 1983 y la revisión de L. Gross, AJIL 80, 1986.
- PEARCE HIGGINS, A.** «The Hague Peace Conferences and Other International Conferences concerning the Laws and Usages of War. Texts of Conventions with Commentaries», Cambridge University Press, 1909.
- PEDRAZ PENALVA, E.** «De la jurisdicción como competencia a la jurisdicción como órgano», en Idem, Constitución, jurisdicción y proceso, Madrid, Akal, 1990, págs. 43-58, esp. pág. 58.

- PELLA, V.** «La guerre-crime et les criminés de guerre», Edit. Baconnnière, Neuchatel, 1964.
- PERAZA PARGA, L.** «Sobre la justicia internacional», editorial La insignia, México, Julio 2005.
- PEREZ GIL, A.** «La acusación popular», Granada, 1998.
- PEREZ LUÑO, A.E.** «Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución», editorial Tecnos, Madrid, 2005.
- PEREZ LUÑO A.E.** «Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución», Madrid, Editorial Tecnos, 1991.
- PETIT DE GABRIEL, E.W.** «Las Exigencias de Humanidad en el Derecho Internacional Tradicional (1789-1939)». Editorial Tecnos, 2003.
- PIGNATELLI y MECA. F.** «La Corte Penal Internacional», en Derecho Internacional Humanitario, Coord. J.L. RODRIGUEZ VILLASANTE y PRIETO, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000.
- PIGRAU SOLE, A.** «Reflexiones sobre el tribunal internacional para la antigua Yugoslavia desde la perspectiva de la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional». Editorial Los libros de Catarata, 1994.
- POLAINO NAVARRETE, M.** «Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos científicos del Derecho penal» Barcelona, Bosch, 1984, pág. 444.
- PREUX, J.** «Etudes sur la troisième Convention de Genève de 1949 (Prisonniers de guerre)», RICR, trigesimosexta edición, 1954.
- PROVOST, R.** «Reciprocidad en Humanos Derechos y Derecho Internacional Humanitario», BYIL 65. 1994.
- QUEL LOPEZ, J. / BOLLO AROCENA M.D.** «La Corte Penal Internacional: ¿un instrumento contra la impunidad?», Editor BLANC ALTEMIR (editor), La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal, Madrid, 2001.
- QUEROL Y DURAN, F.** «Principios de Derecho Militar Español», Tomo I, Editorial Naval, Madrid, 1948.
- QUINTANO RIPOLLES, A:** «Curso de Derecho Penal Español», Parte Especial, Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1963

- QUINTANO RIPOLLES**, «Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal, Tomos I y II», Editorial Instituto Francisco de Vitoria, 1955.
- QUIROS PEREZ, R.** «Manual de Derecho Penal». Ed. FELIX VARELA. La Habana 2002.
- REMIRO BROTONS, A.** «Derecho internacional público. Derecho de los tratados», Madrid, 1987.
- REMIRO BROTONS, A.** «Derecho y política en la persecución de los crímenes internacionales en España», artículo publicado en internet 2009.
- REMIRO BROTONS, A.** «El caso Pinochet. Los límites de la impunidad», Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 1999.
- REMIRO BROTONS, A.** «Los crímenes de Derecho internacional y su persecución judicial», editorial Derecho Penal Internacional, en Cuadernos de Derecho Judicial, VII, Madrid, 2001.
- REMOTTI CARBONELL, J.C.** «Constitución y medidas contra el terrorismo: la suspensión individual de derechos y garantías» Editorial Constitución y Leyes (Colex).
- REUTER, P.** «Introducción al derecho de los tratados», Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1999.
- RIOS LABBE, S.** «La protección civil del derecho a la intimidad», Edt. LexisNexis, Santiago de Chile, 2003.
- RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L.** «Aspectos penales del Estatuto de la Corte Penal Internacional», en ESCOBAR HERNANDEZ, C. (Editora): Creación de una jurisdicción penal internacional, Madrid, 2000.
- RODRIGUEZ DEVEZA, J.M. / SERRANO GOMEZ, A.F.** «Derecho penal español. Parte especial», Editor Gráficas Carasa, Madrid, 1995.
- RODRIGUEZ MOURULLO, G.** «Derecho Penal Parte General», Civitas Ediciones, Madrid, 1977.
- RODRIGUEZ NUÑEZ, A.** «El delito de piratería», ADPCP. VOL. L. 1997.
- RODRIGUEZ YAGÜE, C.** «La STC 237/2005, de 26 de septiembre, o ¿la consagración del principio de justicia universal absoluto en la jurisdicción Española?» Homenaje al Prof. Iván-Jesús Trujillo Díez, UCLM, 2007.
- RONCITTI, N°.** «Pirateria», Enciclopedia del Diritto, T. XXXIII, Ed. Giuffrè, Milán, 1983.

- RUEDA FERNANDEZ, C.** «Los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional: ¿por fin la esperada definición?», en CARRILLO SALCEDO, J.A. (Coordinador), *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*, Madrid, 2000, Consejo General del Poder Judicial.
- RUIZ ANTON, F.** «El principio de retroactividad de la ley penal en la doctrina y la jurisprudencia». Ponencias presentadas en la primera jornada de derechos Fundamentales y libertades Públicas. Cáceres 1989.
- SAINZ-CANTERO CAPARROS, J.E.** «Algunas consideraciones sobre la internacionalización del Derecho penal», *Estudios de Derecho Penal y Criminología*. En homenaje al profesor José María Rodríguez Devesa, t. II, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1989.
- SALMON, J.A.** «Les guerres de libération nationale, en: *The new humanitarian law of armed conflict*», editorial A. Cassese, Nápoles, 1979.
- SANCHEZ LEGIDO, A.** «Jurisdicción universal penal y Derecho Internacional», Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- SANCINETTI, M.A.** «El Derecho Penal en la protección de los derechos humanos la protección de los derechos humanos mediante el Derecho Penal en las transiciones democráticas», Editorail Hammurabi, Argentina, 1999
- SANZ MARQUES, L.** «Las actuaciones de investigación e instrucción extrafronterizas», European Law Students' Association. Publisher, ELSA, 1995
- SARLET, I.W.** «As dimensoes da dignidade da Pessoa Humana», en Wolfgang Sarlet, Ingo (Org.). *Dimensoes da Dignidade*. Ed. Livraria Do Advogado. Porto Alegre, 2005.
- SCHABAS, W.A.** «Canadian Implementing Legislation for the Rome Statute», 3 *YIHL* 2000.
- SCHABAS, W.A.** «Genocide in international law», Cambridge University Press, 2000.
- SCHINDLER, D.** «The different types of armed conflicts according to the Geneva Conventions and Protocols», *RCADI*, vol. 163, II, 1979.
- SERRA DOMINGUEZ, M.** «Ineficacia de los actos procesales», *Estudios de Derecho Procesal*, Editorial Ariel, Barcelona, 1969.
- SHAW, M.** «International Law», Cambridge University Press, 1997.
- SIMMA, B.** «Fragmentation in a Positive Light», 25 *Mich. J. Int'l L.* 2004.

- SIMMA, B.** «From Bilateralism to Community Interest in International Law», 250 Res. Des Cours 243, The Hague, 1994.
- SIMON, J.M.** «Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano», Konrad Adenauer Stiftung, Buenos Aires, 2001.
- SOSA NAVARRO, M.** «La evolución de la obligación de extraditar o juzgar a través del caso Hissène Habré», REEI, vol. 26, 2013.
- STEPHENS, B.** «Expanding Remedies for Human Rights Abuses: Civil Litigation in Domestic Courts», 40 GYIL, 1997.
- STERN, B.** «La Compétence Universelle» en France: le cas de crimes en ex-Yugoslavie et au Rwanda, 40 GER, 1997.
- STOWELL, E.C.** «La Théorie et la pratique de l'intervention», en RCADI, vol. 40, 1932.
- TAMARIT SUMALLA, J.M.** «Comentarios al Nuevo Código Penal», Editorial Universidad de Salamanca, 2004.
- TANJA, G. J.** «Humanitarian Intervention and humanitarian Assistance: An Echo from the Past and a Prospect for the Future», en Le droit face aux crises humanitaires, vol. II, L'accès aux victimes: droit d'ingérence ou droit à l'assistance humanitaire?, Bruselas, Comisión Europea, 1995.
- TERRADILLOS BASOCO, J.M.** «Terrorismo y derecho: comentario a las leyes orgánicas 3 y 4 de reforma del Código Penal y de la ley de enjuiciamiento criminal, editorial tecno, 1998.
- TOMAS ORTIZ DE LA TORRE, J.A.** «Competencia judicial penal internacional de los tribunales españoles para conocer de ciertos delitos cometidos contra españoles en Iberoamérica», Anuario IHLADI, vol. 13, 1997.
- TOMUSCHAT, C.H.** «Issues of Universal Jurisdiction in the Scilingo Case», Journal of International Criminal Justice, vol. 3, 2005.
- TORROJA MATEU, H.** «Tipificación y Represión de los crímenes de Derecho internacional en Canadá», en MITJANS, E., (ed.), CASTELLA, J.M. (coord.), Derechos y libertades en Canadá, Editorial Atelier, Barcelona, 2005,
- TRIFFTERER, O.** «Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court - Observers 'Notes, Article by Article, Editorial Nomos, Baden-Baden, 1999.

- TRIFFTERER, O.** «Present situation, vision and future perspectives», en *Principles and procedures for a new transnational criminal law*, Freiburg: Editorial Eserl/Ladgony 1991.
- VAN DER HEYDTE, R.** «L'individu et les tribunaux internationaux,» RCADI, t. 107, 1962.
- VANDERMEERSCH, D.** «International Criminal Law: Universal Jurisdiction», *National Reports, Revue Internationale de Droit Pénal*, vol.79, Editado M. Cherif Bassiouni 2008.
- VEUTHEY, .** «Guerres de libération et droit humanitaire. *Revue des Droits de l'Homme*», (París), vol. 7, Núm. 1, Strasbourg 1974.
- VIERDAG, E.W.** «Algunas observaciones sobre los Tratados de Derechos Humanos», *NYIL* 25 1994.
- VIVES ANTON, T.** «Derecho Penal. Parte General», Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1987.
- VIVES ANTON T/ COBO DEL ROSAL, M.** «Derecho Penal», Editorial Tirant lo Blanch Colección: Manuales de Derecho Penal, 5.^a edición 1999.
- VON HEBEL /ROBINSON,** «Crimes within the Jurisdiction of the Court», en Roy S. Lee (ed.) *The International Criminal Court, The Making of the Rome Statute*, Kluwer Law International, The Hague, Editorial Roy S.K. Lee 1999
- VON LISZT, F.** «Derecho internacional público», Barcelona, Editorial Gustavo Giff, 1929.
- WARBRICK, C. / MARTIN SALGADO, E. / GOODWIN, N.** «The Pinochet Cases in the United Kingdom», 2 *YIHL*, 1999.
- WEISSBRODT/BERGQUIST, A.** «Extraordinary Rendition and the Torture Convention», *Va. J. Int'l L.*, vol. 46, núm. 4, Editor Michael Faure Andre Van der Walt, 2006.
- WERLE, G./JESSBERGER, F.** «Das Völkerstrafgesetzbuch», en *Juristenzeitung (JZ)* 2002.
- ZAMARRIEGO FERNANDEZ, A.** «Régimen de la inviolabilidad del domicilio» en *Comentarios a la Legislación Penal, La reforma penal y procesal sobre los delitos de bandas armadas, terrorismo y rebelión*. Editorial M. Cobo del Rosal, 1990.
- ZOLLER, E.** «La définition des crimes contra l'humanité», Editorial J.D.I. 1993.

ARTICULOS Y REVISTAS JURIDICAS

- ABAD CASTELOS, M.** «La actuación de la Audiencia Nacional española respecto de los crímenes contra la humanidad cometidos en Argentina y en Chile: un paso adelante desandando la impunidad», Anuario da Facultad de Dereito da Universidade da Coruña, 1998.
- ABAD CASTELOS, M.** «La toma de rehenes como manifestación del terrorismo y del derecho internacional», Madrid, 1997.
- ALARCON TERROSO, C.** «El Tribunal Penal Internacional», Revista Canaria de Ciencias Penales, núm. 1, 1999.
- ALEGRE MARTINEZ, M.A.** «La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español», Universidad de León, León, España, 1996.
- ALIA PLANA, M.** «Los tribunales tribales para la represión del genocidio ruandés», en Revista Española de Derecho Militar, n.º 89.2007.
- AMINISTIA INTERNACIONAL.** «Universal Jurisdiction-The Duty of States to enact and implement legislation». IOR 53/002/2001 y IOR 53/018/2001. CONSEJO DE EUROPA, «European Committee on Crime Problems Report», Estrasburgo, 1990.
- ANDRES DOMINGUEZ, A.C.** «La reforma del principio de justicia universal», Revista de Derecho Penal, n.º 31, 2010.
- ARAGON REYES, M.L.** «La inviolabilidad de domicilio». Revista española de derecho constitucional. Año 1998.
- BARCIA TRELLES, L.** «El problema de la libertad marítima y la Escuela Internacional Española del siglo XVI» en Revista General de Marina, T. 129, 1945.
- BLANCO CORDERO, I.** «Crisis del principio de jurisdicción universal en el Derecho Penal internacional contemporáneo (I)», La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, N.º 2, 2004.
- BLANCO CORDERO, I.** «Section IV. Universal Jurisdiction. General Report», Revue Internationale de Droit Pénal, N.º 79, 1-2, 2008.
- BUENO ARUS, F.** «Los delitos internacionales y el Derecho penal español», en Revista jurídica de Castilla-La Mancha, núm. 7, 1989.
- BUJOSA VADELL, L.M.** «Reforma del principio de justicia universal en la Jurisdicción española», Diario La Ley, N.º 7298, Sección Tribuna, 2009.

- CAPELLÀ I ROIG, M.** «Los crímenes contra la humanidad en el caso Scilingo», Revista Electrónica de Estudios internacionales, 2005, www.reei.org, consultada en -441- Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXI 2011.
- CARPIO DELGADO, J.** «El principio de justicia universal en España tras la reforma de 2009», Diario La Ley, N.º 7307, Sección Doctrina, 21.XII.2009.
- CASTRESANA FERNANDEZ, C.** «La jurisdicción universal en la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo», Revista del poder judicial, N.º 73, 2004.
- CERERA PERY, J.R** «El derecho del mar. Evolución, contenido y perspectivas (de las Bulas Papales al Convenio de Jamaica)», Madrid, Revista Española de la Marina 1992.
- CHINCHON ALVAREZ, J.** «Análisis formal y material de la reforma del principio de jurisdicción universal en la legislación española: de la «abrogación de facto» a la «derogación de *iure*»», Diario La Ley, N.º 7211, 2009.
- CONDE-PUMPIDO, C.** «La Justicia Universal en la jurisdicción española», Revista de Fundamentación de Instituciones Jurídicas y Derechos Humanos, n.º 51, 2004.
- CORRALES ELIZONDO, A.** «El ordenamiento y la actividad mercantil marítima de la Edad Media a la Edad Moderna», en Revista Historia Naval, núm. 47. Instituto de Historia y Cultura Naval; Madrid, 1994.
- CORRALES ELIZONDO, A.** «Regulación Jurídica del Corso y la Piratería Marítima». Revista de Historia Naval, Editorial Naval; Madrid, 2004.
- DEL ROSAL BLASCO, B.** «El concepto de delito flagrante en la Ley de Seguridad Ciudadana» en La Ley, año XIV, núm. 3.183, de 26 de enero de 1993.
- DIAZ MARTINEZ, M.** «El principio de jurisdicción universal. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 2005», Revista de la Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario, n. 25, año III, marzo, 2006.
- DIAZ PITA, M.** «El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral», en Estudios Penales y Criminológicos, Vol. XXI, 1997.
- DOMINGUEZ, A.C.** «La reforma del principio de justicia universal», Revista de Derecho Penal, n.º 31 2010.
- ESPIN TEMPLADO, E.** «El fundamento y alcance del derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio «Revista del Centro de Estudios Constitucionales, pags. 48 y ss.

- ESTEVE MOLTO, J.E.** «El reconocimiento del principio de la jurisdicción universal en la sentencia de 26 de septiembre de 2005 del Tribunal Constitucional, (caso Guatemala)», Anuario de derecho internacional, n.º 21, 2005.
- FERNANDEZ ENTRALGO, J.** «¡Pase sin llamar...! El artículo 21.2 de la LO 1/1992», en AA. VV.: Seguridad ciudadana. Materiales de reflexión crítica ¿obre la ley Corcuera, Valladolid, Eii Trotta, 1993.
- FERNANDEZ PACHEZO ESTRADA, C.** «La jurisprudencia española en aplicación del principio de jurisdicción universal. El caso de la represión en Argentina», Jueces para la democracia, n.º 61, 2008.
- FERNANDEZ RODERA, J.A.** «Consideraciones a propósito del proyecto de ley de 2009 de modificación del Código Penal (Conclusiones del Seminario interuniversitario sobre la reforma del Código Penal, celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid)», Valencia 2010.
- FERNANDEZ SEGADO, F.** «La suspensión individual del ejercicio de derechos fundamentales», en Revista de estudios políticos. Nueva época, n.º 35, September 1983.
- FERNRICK, F.J.** «The application of the Geneva Conventions by the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia», in International Review of the Red Cross, n.º 834, 1999.
- FERRER LLORET, J.** «The Principle of Universal Criminal Jurisdiction in Spanish Practice (2003-2009)», Spanish Yearbook of International Law, vol. XV 2009.
- FRULLI, M.** «The Special Court for Sierra Leone: Some preliminary comments», en European Journal of International Law, 2000.
- GALAN MARTIN, J.L.** «El Caso Scilingo: breve crónica judicial», Revista La Ley Penal: revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario, n.º 25, año III, Marzo, 2006.
- GARCIA SANCHEZ, B.** «La Competencia española para enjuiciar a Pinochet», en Diario de las Audiencias, número 194, viernes 7 de abril de 2000.
- GEIBLER, N. / SELBMANN, F.** «Fünf Jahre Völkerstrafgesetzbuch – Eine kritische Bilanz», Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften, núm. 20, 2007.
- GIL DE LA FUENTE, J. / RODRIGUEZ RAMOS, L.** «Límites de la jurisdicción penal universal española: (a propósito de los casos Pinochet y Guatemala)», La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, n.º 3, 2003.
- GIL GIL, A.** «La sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo», Revista electrónica de ciencia penal y criminología, 31 de mayo de 2005.

- GOMEZ BENITEZ, J.M.** «El exterminio de grupos políticos en el Derecho Penal internacional: entre el genocidio y los crímenes contra la humanidad», *Revista en Estudios Penales*, 2000.
- GOMEZ COLOMER, J.L.** «Concreciones en torno al registro domiciliario en el proceso penal español», en *Revista de Derecho procesal*, 1993.
- GOMEZ COLOMER, J.L.** «Prueba prohibida e interpretación de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo»: *Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Anuario de Derecho penal, 2008.
- GOMEZ GUILLAMON.** «La creación de la Corte Penal Internacional: Antecedentes», en *Revista Española de Derecho Militar*, Vol. 75, 2000.
- GUILLAUME, G.** «The Future of International Judicial Institutions», 44 *Int'l & Comp. L.Q.* 1995.
- GUILLAUME, G:** «La Compétence Universelle – Formes Anciennes et Nouvelles», en *Gazette du Palais, Mélanges offerts à Georges Levasseur – Droit Pénale, Droit Européen*, Paris, 1992.
- HAFNER, G.** «Pros and Cons Ensuing From Fragmentation of International Law», 25 *Mich. J.* 2004.
- HUMAN RIGHTS WATCH.** «Justice in motion: The Trial Phase of the Special Court for Sierra Leone», November 2005.
- JESSBERGER, F.** «Germany». Section IV – International Criminal Law: Universal Jurisdiction. National Reports, *Revue Internationale de Droit Pénal*, Journal vol.79, 2008.
- JIMENEZ DIAZ, M.J.** «El delito de piratería acompañado de asesinato, homicidio o lesiones (art. 139, pdr 2.º)» en *Comentarios a la legislación penal*, Madrid, 1992, *Revista digital de La Ley*.
- JIMENEZ GARCIA, F.** «La desvertebración de un principio general reconocido por el derecho internacional: el principio de Justicia universal», *Revista española de Derecho Internacional*, vol. 55, n.º 1, 2003.
- KIELSGARD, M.D.** «The legality principle in sentencing at the ECCC: making up law as it goes along?» 2011 en *Asia Journal of International Law*, n.º 2.
- KOSKENNIEMI / MARTII & LEINO / PÄIVI.** «Fragmentation of International Law?», *Postmodern Anxieties*, 15 *Leiden Journal of International Law* 578 2002.

- LAMARCA PEREZ, C.** «El principio de jurisdicción universal y la competencia de la jurisdicción española en los casos de Argentina y Chile», *Revista de Derecho Penal y Criminológica*, n.º 1 extraordinario, 2000.
- LAMARCA PEREZ, C.** «El tratamiento jurídico del terrorismo» *Penaly Criminológica*, n.º 1 extraordinario, 2000.
- MALEN SEÑA, J.F.** «Privacidad y mapa genético» en *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, abril de 1995. Núm. 2.
- MARTINEZ RIVAS, F.** «Notas de urgencia sobre el principio de justicia universal y la reforma del artículo 23.4 de la LOPJ por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2 2010.
- MARTINEZ VALLEJO FUSTER.** «La intimidad exteriorizada. Un bien jurídico a proteger» en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante 1993, Núm. 13
- MERELLO-BARBERA GABRIEL, J.J.** «Las dificultades para una justicia penal internacional», *Revista electrónica de Rebelión*.
- MORENO GRACIA, J.** «España y la Conferencia antiesclavista de 1899-1890», *Cuadernos de Historia Moderna y Contemporánea*, Madrid, número 3, 1982.
- MORRIS, C. / SCHARE, T.** «An insider's Guide to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. A documentary History and Analysis, 1, Transnational Publishers, New York, 1995.
- MORRIS VIRGINIA, I.** «The International Criminal Tribunal for Rwanda, Irvington -on-Hudson N.Y» Transnational Publishers, cop., 1998.
- MULINEN, F.** «El derecho de la guerra y las fuerzas armadas», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Ginebra, 1978.
- OLLE SESE, M.** «Crímenes contra la humanidad y jurisdicción universal», *Revista de la Ley Penal*, n.º 25, página 2, año III, Marzo 2006.
- PALOMO DEL ARCO, A.** «La aplicación extraterritorial de la ley penal española», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, numero IX, 1999.
- PEREIRA MENAUT, A.C.** «Después de la soberanía» *Nueva Revista*. Madrid, n.º 63-junio 1999.
- PEREZ GONZALEZ, M. / ABAD CASTELOS, M.** «Los delitos contra la Comunidad Internacional en el Código Penal Español», en *Anuario da Faculta de de Derecho*, n.º 3 1999.

- PHILIPPE, X.** «Los principios de jurisdicción universal y complementariedad: su interconexión», *International Review of the Red Cross*, junio 2006, N.º 862, pags. 4 ss.
- PIGNATELLI y MECA, F.** «El Tribunal Penal Internacional para Ruanda», en *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 65.1995.
- PIGRAU SOLE, A.** «La persecución de los criminales de guerra en Canadá: De Rauca a Munyaneza», *REDM*, núm. 89, enero-junio 2007.
- QUINTANO RIPOLLES, A** «Curso de Derecho Penal Español», Parte Especial, Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1963
- REMIRO BROTONS, A.** «Crímenes internacionales, jueces estatales», *Política Exterior* N.º 134 - marzo-abril 2010.
- REMIRO BROTONS, A.** «Los crímenes de Derecho Internacional y su persecución judicial», en *El Derecho Penal Internacional, Cuadernos de Derecho Judicial*, 2001
- REVISTA PUNTO DE VISTA**, número 13.» El Nacimiento de la Corte Penal Internacional». Publicado por la Fundación Carlos Pi I Sunyer de Estudios Autonómicos i Locales. Barcelona, 2002.
- RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, I.L.** «El Derecho Penal Marítimo en la reforma de la Justicia Militar (X)», en *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 40, 1982, pág. 115; TAPIA SALINAS: *Curso de Derecho aeronáutico*.
- RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L.** «Problemas jurídico-penales e internacionales del crimen de piratería (una laguna imperdonable de nuestro Código Penal y, ¿por qué no?, un crimen de la competencia de la Corte Penal Internacional)», publicado en *Revista Española de Derecho Militar* n.º 93, in memoriam de Agustín Corrales Elizondo.
- RODRIGUEZ NUÑEZ, A.** «El delito de piratería» *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 1997, UNED
- RODRIGUEZ RAMOS, L. / GIL DE LA FUENTE, J.** «Límites de la jurisdicción penal universal española», en *La Ley*, núm. 5788, de 26 de mayo de 2003
- RODRIGUEZ RAMOS, L** «La extradición de Pinochet: error jurídico, ¿error político?», *La Ley*, num.483.
- SCHOCKEN, C.** «The Special Court for Sierra Leone: Overview and recommendations», en *Berkeley Journal of International Law*, 2002.

SOBRINO HERDIA, J.M. «La piratería marítima: un crimen internacional y un galimatías nacional. Revista electrónica de estudios Internacionales, número 17, año 2009

STAGGS, M. «Special Court for Sierra Leone: Bringing Justice and ensuring lasting Peace, some reflections on the trial phase at the Special court for Sierra Leone», U.C. Berkeley, War Crimes Studies Center, April 2006.

VIRGALA FORURIA, E. «La suspensión de derechos por terrorismo en el ordenamiento español», en Revista española de derecho constitucional. Año 14, numero 40, enero 1994.

WERLE, G. y JESSBERGER, F. «La punibilidad de crímenes internacionales en el Derecho Interno. El Código Penal Internacional Alemán», Revista Penal, n.º 12, 2003.

ARTICULOS JURIDICOS ON LINE

CAPELLÀ I ROIG, M. «Los crímenes contra la humanidad en el caso Scilingo», Revista Electrónica de Estudios internacionales, 2005, www.reei.org.

CORRALES ELIZONDO, A. «Soluciones jurídicas actuales en relación a la piratería y otros delitos graves en el mar» Conferencia.www.asesmar.org/conferencias.

CUERDA RIEZU, A.R. «Fundamentos del Derecho penal, la ley penal en el espacio», en www.iustel.com.

GENSKOWSKY MOGGIA. «El delito internacional de piratería» Artículo en Internet. <http://www.iustel.es>

GIL GIL, A. «Derecho Penal, Tribunales penales internacionales en la actualidad» artículo on line www.iaeu.edu.es/...penal-tribunales-penales-internacionales-en-laactualidad...

GIL GIL, A. «Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el estatuto de la corte penal internacional: <http://www.cienciaspenales.net>.

GIMBERNAT, E. En ABC de 18 de agosto de 1991, siempre en la misma dirección.

GIMBERNAT ORDEIG, E. «Cerca de la acción popular», El Mundo, 8-I-2008. www.elmundo.es.

HELLER, K. «Opt-Ins and Opt-Outs». Opinio Juris. 21 de junio de 2010. <http://opiniojuris.org/2010/06/21/opt-ins-and-opt-outs>

OLLE SESE, M. «La reforma del principio de justicia universal», <http://www.abogacia.es/2014/02/27/la-reforma-del-principio-de-justicia-universal/>

PEREZ-SERRANO, M. «El principio de Justicia Universal, especial referencia al caso Scilingo», <http://www.cienciaspenales.net>.

SANZ MARQUES, L. «Las actuaciones de investigación e instrucción extrafronterizas», www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/fiscales/FISCAL20.pdf

PAGINAS WEB CONSULTADAS

AMNISTIA INTERNACIONAL. <http://www.amnistiainternacional.org/>

ANUARIO HISPANO LUSO AMERICANO DE DERECHO INTERNACIONAL. <http://www.icty.org/>

ASOCIACION LIBRE DE ABOGADOS. <http://www.nodo50.org/ala/>

AUDIENCIA NACIONAL. SALA DE LO PENAL. SECCION SEGUNDA. ROLLO DE SALA: APELACION CONTRA AUTOS 144/2009. SUMARIO (PROC. ORDINARIO) 27/2007. <http://www.es.amnesty.org/temas/justicia-internacional/otros-casos-abiertos-en-espana/>

CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA. <http://www.dipublico.org/11864/wimbledon-1923-corte-permanente-de-justicia-internacional-ser-a-no-1>

DIARIO PUBLICO. <http://www.dipublico.org/11864/wimbledon-1923-corte-permanente-de-justicia-internacional-ser-a-no-1/>

DISCURSO DE H.E. JUEZ GUILBERT GUILLAUME, PRESIDENTE DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, A LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. <http://www.icj-cij.org/icjwww/ipresscom/iprstats/htm>

EL PAIS .«China pide "medidas efectivas" para que la Audiencia abandone el caso sobre el Tíbet» www.elpais.com/articulo/espana/China).

EMBAJADA DE ISRAEL. Comunicado de la Embajada de Israel - www.embajadadeisrael.com

EUROPA PRESS. «La Audiencia Nacional ordena detener al ex presidente chino Jiang Zemin», Efe, 19-XI-2013; «China arremete contra España por investigar el caso Tíbet»,

<http://noticias.terra.es/espana/china-arremete-contr-espana-por-investigar-el-caso-ti-bet,6c299f8413572410VgnCLD2000000ec6eb0aRCRD.html>

EXPLANATORY MEMORANDUM OF THE CODE OF CRIMES AGAINST INTERNATIONAL LAW, BT. DRS. <http://www.wihl.nl/finals/Germany/DE.L-IM.Draft%20of%20an%20act%20to%20introduce%20the%20CCAICL.pdf>

INFORME DE LA COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: INFORME NUM. 136/99. <http://www.cja.org/espanol/jesuits.shtm>

INSTITUTO MAX PLANCK PARA EL DERECHO PENALEXTRANJERO E INTERNACIONAL. http://es.wikipedia.org/wiki/Instituto_Max_Planck

INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA (ICTR). <http://www.ictr.org/>

INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA (ICTY). <http://www.icty.org/>

JUECES PARA LA DEMOCRACIA, LA UNION PROGRESISTA DE FISCALES, MAGISTRADOS EUROPEOS POR LA DEMOCRACIA Y LAS LIBERTADES, Y EL GRUPO DE ESTUDIOS DE POLITICA CRIMINAL. «Comunicado conjunto acerca de la introducción de limitaciones en el principio de Jurisdicción Universal», <http://www.juecesdemocracia.es/txtComunicados/2009/26mayo09.htm>

JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCION N.º 2, DP237/2005 http://ris.hrahead.org/casos_/otros-casos-de-interes/jurisdicion-universal/casogenocidiotibet

KAMPALA 2010. Conference: Kampala 2010. 12 de junio de 2010. <http://iccreviewconference.blogspot.com>

LA SANTA ALIANZA. www.historiacultural.com/2010/07/santa-alianza-congreso-de-viena.html

LA VOZ DE GALICIA. www.lavozdeg Galicia.es/temas/justiciauniversal

LEY FUNDAMENTAL DE LA REPUBLICA FEDERAL DE ALEMANIA <http://constitution.rediris.es/legis/legextr/ConstitucionAlemana.html#a25>.

MEMORANDO EXPLICATIVO DEL CODIGO DE CRIMENES DE DERECHO INTERNACIONAL. <http://dip.bundestag.de/parfors/parfors.htm>

RIGOBERTA MENCHU. <http://www.rigobertamenchu.org/>

BASES DE DATOS

CENDOJ. www.cgpj.org

LA LEY. <http://www.codees.data.es>

LIBERLEX. <http://www.boe.es>

NOTICIAS JURIDICAS. <http://www.noticiasjuridicas.com>

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

DICTADAS POR LA SALA II DEL TS

SENTENCIA 1200/1998.

SENTENCIA 968/2001

SENTENCIA 473/ 2001.

SENTENCIA 2218/2001.

SENTENCIA 624/2002.

SENTENCIA 327/2003, CONOCIDA COMO «CASO GUATEMALA».

SENTENCIA 712/2003, CONOCIDA COMO «CASO PERU».

SENTENCIA 319/2004 CONOCIDA COMO «CASO CHILE».

SENTENCIA 1362/04 CONOCIDA COMO «CASO SCILINGO.»

SENTENCIA 1328/2005.

SENTENCIA 1240/2006.

SENTENCIA 592/2014.

SENTENCIA 1682/2014.

DICTADAS POR EL TC

SENTENCIA 22/1984.

SENTENCIA 601/1991.

SENTENCIA 94/1993

SENTENCIA 341/1993.

SENTENCIA 50/1995.

SENTENCIA 61/1996.

SENTENCIA 21/1997.

SENTENCIA 283/2000.

SENTENCIA 237/2005.

SENTENCIA 227/2007.

SENTENCIAS DICTADAS POR TRIBUNALES EXTRANJEROS

COURT OF JERUSALEM, The Attorney-General of the Government of Israel v Eichmann Case, District Criminal Case núm. 40/61, Judgment of 15 December 1961.

SUPREME COURT OF ISRAEL, CRIMINAL APPEAL OF ISRAEL, JUDGMENT of 29 July 1993. The Attorney-General of the Government of Israel v Demjanjuk Supreme Court.

CORTE SUPREMA DE CANADA, Case Regina v. Finta Judgment of 24 March of 1994.

COUR D'APPEL DE PARIS, Quatrieme Chambre d'Accusation; Appel d'une Ordonnance d'incompetence partielle et de recevabilite de constitution de parties civiles y Cour de cassation, chambre criminelle, 26 mars 1996.

CHAMBRE D'ACCUSATION DE LA COUR D'APPEL DE NÎMES, 20 mars 1996, núm. 96-0160 Cour de cassation, Chambre criminelle, Audience publique du 6 janvier 1998; núm. de pourvoi: 96-82491.

SUPREME COURT OF NETHERLANDS, 11 November 1997. Criminal Division n.º 3717 Besch. ab; decision in the matter of the appeal against a decision of the Arnhem Court of Appeal, military chamber, dated 19 March 1997

THE PROSECUTOR V. THOMAS LINDSTRAND, sentencia 0104-K 102-02, de 19 de September de 2002.

STOCKHOLM DISTRICT COURT THE PROSECUTOR V. JACKIE ARKLOV, Case N.º B 4084-04, Judgment of 18 December 2006.

COURT SUPERIEURE, PROVINCE DE QUEBEC, District de Montréal, N.º. 500-73-002500-052, 20 novembre 2006.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL, N.º 26954, de 11 de julio del 2007.

TRIBUNAL MILITAIRE D'APPEL 1A, GENÈVE Jugement en la cause Fulgence Niyonteze,

TRIBUNAL MILITAIRE DE DIVISION 2, LAUSANNE, Niyonteze, Fulgence, 30 Avril 1999, 26 mai 2000.

TRIBUNAL MILITAIRE DE CASSATION: arrêt, 27-4-2001, 27 Avril 2001.

PROSECUTOR V. KUPRESKIC ET AL (2001).

PROSECUTOR V. DELALIC ET AL (2001).

PROSECUTOR V. RADISLAV KRSTIC (2001).

TRIAL CHAMBER III, THE PROSECUTOR V. MICHEL BAGARAGAZA, Case n.º ICTR-2005-86-R11bis,

THE PROSECUTOR V. WENCESLAS MUNYESHYAKA, Case no ICTR-2005-87-I; Decision On the Prosecutor's Request for the Referral of Wenceslas Munyeshyaka's Indictment to France; Rule 11 bis of the Rules of Procedure and Evidence. 20 November 2007.

THE PROSECUTOR V. LAURENT BUCYBARUTA, Case no . ICTR-2005-85-I, Decision on Prosecutor's Request for Referral of Laurent Bucyibaruta's Indictment to France; Rule 11 bis of the Rules of Procedure and Evidence, 20 November 2007.

ARRET DE LA COUR DE CASSATION DANS L'AFFAIRE DES DISPARUS DU BEACH DE BRAZZAVILLE; Cour de Cassation, Chambre Criminelle, núm. W07-86.412 FS-D, núm. 1539, 9 Avril 2008.

OSLO DISTRICT COURT, Judgment Delivered 2nd December 2008, Case no 08-018985MED-OTIR/08.

CASE CONCERNING MILITARY AND PARAMILITARY ACTIVITIES IN AND AGAINST NICARAGUA (Nicaragua v. United States of America), Merits, I.C.J. Reports, 1986.

CASE CONCERNING QUESTIONS OF INTERPRETATION AND APPLICATION OF THE 1971 MONTREAL CONVENTION ARISING FROM THE AERIAL INCIDENT AT LOCKERBIE (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America)

SENTENCIAS DICTADAS POR EL TPI

SENTENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA de 14 de febrero de 2002.

SENTENCIAS DICTADAS POR LA CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA

LOTUS, FRANCE V TURKEY, JUDGMENT, (1927) PCIJ Series A no 10, ICGJ 248 (PCIJ 1927), 7th September 1927, Permanent Court of International Justice.

SENTENCIAS DICTADA POR EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

CASE N.º: IT-95-17/1-T, 10 DECEMBER 1998.

CASE N.º: IT-95-16-A, 23 OCTOBER 2001.

CASE N.º: IT-96-21-A, 20 FEBRUARY 2001.

CASE N.º: IT-98-33-T, 2 AUGUST 2001.

CASE N.º: IT-98-33-T, 2 AUGUST 2001.

CASE N.º: IT-46621/99 8 JUIN 2004.

ROEMEN Y SCHMIT CONTRA LUXEMBURGO NUM. 51772/1999.

LAMBERT CONTRA FRANCIA DE 24 AGOSTO 1998.

MATHERON CONTRA FRANCIA, NUM. 57752/2000, 29 MARZO 2005.

AUTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

AUTO DEL PLENO DE LA SALA II DE 17 DE NOVIEMBRE DE 2003.

AUTO DEL PLENO DE LA SALA II DE 31 DE JULIO DE 1998.

AUTOS DE LA AUDIENCIA NACIONAL

PLENO DEL 4 Y 5 DE NOVIEMBRE DE 1998.

PLENO DEL 23 DE DICIEMBRE DE 1998.

SALA PENAL DEL 4 DE MARZO DE 1999.

SALA DE LO PENAL DE 2 DE NOVIEMBRE DE 2009.

SALA DE LO PENAL, SECCION SEGUNDA, AUTO DE 8 DE MARZO DE 2006.

SALA DE LO PENAL. SECCION 2. ROLLO DE SALA: APELACION CONTRA AUTOS 158/2007. PROCEDIMIENTO DE ORIGEN: SUMARIO 27/2007.

SALA DE LO PENAL. SECCION SEGUNDA. ROLLO DE SALA: APELACION CONTRA AUTOS 144/2009. SUMARIO (PROC. ORDINARIO) 27/2007.

JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCION NUM. 1: AUTO DE 19 DE OCTUBRE DE 2005.

JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCION NUM. 1: AUTO DE 19 DE OCTUBRE DE 2005.

JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCION NUM. 1: AUTO DE 27 DE ABRIL DE 2007.

JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCION NUM. 1: AUTO DE 13 DE MAYO DE 2008.

JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCION NUM. 1: AUTO DE 14 DE JULIO DE 2009.

JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCION NUM. 2: AUTO DE 9 DE JUNIO DE 2006.

JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCION NUM. 4: AUTO DE 18 DE MARZO DE 2003.

JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCION N.º 4: AUTO DE 21 ENERO 2008.

JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCION NUM. 4: AUTO DE 29 DE ENERO DE 2009.

JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCION NUM. 5: DILIGENCIAS PREVIAS AUTO DE 29 DE OCTUBRE DE 2007.

JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCION NUM. 6: AUTO DE 4 DE MAYO DE 2009.

JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCION NUM. 6: AUTO DE 12 DE ENERO DE 2009.

AUTO DEL JCI N.º 5 DE 17 DE JUNIO DE 2014: ASUNTO FLOTILLA DE LA LIBERTAD.

AUTO DEL JCI N.º 5 DE 23 DE MAYO DE 2014: ASUNTO CARMELO BARRIOS.

AUTO DEL JCI N.º 1 DE 20 DE MAYO DE 2014: ASUNTO GUATEMALA .

AUTO DEL JCI N.º 5 DE 15 DE ABRIL DE 2014: ASUNTO GUANTANAMO.

AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCION N.º 4 DE 8 DE MAYO DE 2009.

RESOLUCIONES INTERNACIONALES

ESTATUTO DEL TRIBUNAL DE NUREMBERG : Resolución 95 (ii) de 11 de diciembre de 1946.

ESTATUTO DE DE ROMA de 17 de junio de 1998.

ESTATUTO DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL DE YUGOSLAVIA: Resolución 827 (1993), de 25 de mayo, del Consejo de Seguridad por la que se crea el estatuto del Tribunal Internacional para el castigo de los crímenes internacionales perpetrados en la antigua Yugoslavia; publicado en el Boe núm. 281, de 24 de noviembre de 1993.

ESTATUTO DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL DE RUANDA: Resolución 955 (1994) de 8 de noviembre de 1994 del Consejo de Seguridad por el que se crea el Tribunal Penal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda.

ESTATUTO DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA EL LIBANO: Resolución 1757 (2007) del 30 de mayo de 2007 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

ESTATUTO DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL IRAQUI.

ESTATUTO DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA SIERRA LEONA: resolución 1315 (2000), de 14 de agosto de 2000, del consejo de seguridad por el que se crea el Tribunal Penal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Sierra Leona.

DECLARACION UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS DE 10 DE DICIEMBRE DE 1948.

CONVENIO INTERNACIONAL PARA LA REPRESION DE LA FALSIFICACION DE MONEDA DE 20 DE ABRIL DE 1929.

CONVENCION SOBRE LA ESCLAVITUD DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 1926; el protocolo para modificar la convención sobre la esclavitud, adoptado por la AGNU en 23 de octubre de 1953, y la convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 30 de abril de 1956.

CONVENCION CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANAS O DEGRADANTES DE 10 DE DICIEMBRE DE 1984.

CONVENIO SOBRE EL TRABAJO FORZOSO DE 28 DE JUNIO DE 1930.

CONVENIO PARA LA PREVENCION Y LA SANCION DEL DELITO DE GENOCIDIO DE 9 DE DICIEMBRE DE 1948.

CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LA REPRESION Y EL CASTIGO DEL CRIMEN DE APARTHEID DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1973.

CONVENIOS DE GINEBRA, DE 12 DE AGOSTO DE 1949.

CONVENIO PARA MEJORAR LA SUERTE DE LOS HERIDOS Y ENFERMOS DE LAS FUERZAS ARMADAS EN CAMPAÑA DE 1949.

EL CONVENIO PARA MEJORAR LA SUERTE DE LOS HERIDOS Y ENFERMOS Y NAUFRAGOS DE LAS FUERZAS ARMADAS EN EL MAR DE 1949

EL CONVENIO RELATIVO AL TRATO DE LOS PRISIONEROS DE GUERRA DE 1949.

EL CONVENIO RELATIVO A LA PROTECCION DE PERSONAS CIVILES EN TIEMPO DE GUERRA DE 1949.

PROTOCOLOS I Y II ADICIONALES A LOS CONVENIOS DE GINEBRA, DE 8 DE JUNIO DE 1977, relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.

CONVENIO PARA LA REPRESION DE LA TRATA DE PERSONAS Y DE LA EXPLOTACION DE LA PROSTITUCION DE 21 DE MARZO DE 1950.

CONVENCION SOBRE ALTA MAR DE 29 DE ABRIL DE 1958.

CONVENIO PARA LA REPRESION DEL APODERAMIENTO ILICITO DE AERONAVES DE 16 DE DICIEMBRE DE 1970.

CONVENIO SOBRE REPRESION DE ACTOS ILICITOS CONTRA LA SEGURIDAD DE LA AVIACION DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 1971.

PROTOCOLO, PARA LA REPRESION DE ACTOS ILICITOS DE VIOLENCIA EN LOS AEROPUERTOS QUE PRESTEN SERVICIO A LA AVIACION CIVIL INTERNACIONAL DE 24 DE FEBRERO DE 1988.

CONVENIO SOBRE SUSTANCIAS PSICOTROPICAS DE 21 DE FEBRERO DE 1971

CONVENCION UNICA SOBRE ESTUPEFACIENTES DE 30 DE MARZO DE 1961

CONVENCION CONTRA EL TRAFICO ILICITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS PSICOTROPICAS DE 20 DE DICIEMBRE DE 1988.

CONVENIO EUROPEO SOBRE EL CONTROL DE LA ADQUISICION Y TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO POR PARTICULARES DE 28 DE JUNIO DE 1978.

CONVENIO EUROPEO PARA LA REPRESION DEL TERRORISMO DE 27 DE ENERO DE 1977.

CONVENCION SOBRE LA PREVENCION Y EL CASTIGO DE DELITOS CONTRA PERSONAS INTERNACIONALMENTE PROTEGIDAS, INCLUSIVE LOS AGENTES DIPLOMATICOS, DE 14 DE DICIEMBRE DE 1973.

CONVENIOS DE GINEBRA DE 1864 Y 1949.

CONVENIO SOBRE LAS INFRACCIONES Y OTROS CIERTOS ACTOS COMETIDOS A BORDO DE AERONAVES TOKIO, 1963.

CONVENIO PARA LA REPRESION EL APODERAMIENTO ILICITO DE AERONAVES, LA HAYA, 1970.

CONVENIO PARA LA REPRESION DE ACTOS ILICITOS CONTRA LA SEGURIDAD DE LA AVIACION CIVIL, MONTREAL, 1971.

PROTOCOLO PARA LA REPRESION DE ACTOS ILICITOS DE VIOLENCIA EN LOS AEROPUERTOS QUE PRESTEN SERVICIOS A LA AVIACION CIVIL, MONTREAL, 1988.

CONVENIO PARA LA REPRESION DE ACTOS ILICITOS CONTRA LA SEGURIDAD DE LA NAVEGACION MARITIMA, ROMA, 1988.

PROTOCOLO PARA LA REPRESION DE ACTOS ILICITOS CONTRA LA SEGURIDAD DE LAS PLATAFORMAS FIJAS EMPLAZADAS EN LA PLATAFORMA CONTINENTAL (ROMA, 1988).

CONVENCION CONTRA LA TOMA DE REHENES DE 1979.

CONVENCION SOBRE LA SEGURIDAD DEL PERSONAL DE LAS NACIONES UNIDAS DE 1994.

CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LA REPRESION DE LAS EXPLOSIONES TERRORISTAS DE 1997.

CONVENIO PARA LA REPRESION DE ACTOS ILICITOS CONTRA LA SEGURIDAD DE LA NAVEGACION MARITIMA Y SU PROTOCOLO PARA LA REPRESION DE ACTOS ILICITOS CONTRA LA SEGURIDAD DE LAS PLATAFORMAS FIJAS EMPLAZADAS EN LA PLATAFORMA CONTINENTAL, DE 10 DE MARZO DE 1988.

LA CONVENCION DE GINEBRA SOBRE EL ALTA MAR DE 1958.

LA CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO DEL MAR, CELEBRADA EN GINEBRA EN 1960.

LA CONVENCION DE NACIONES UNIDAS SOBRE DERECHO MARITIMO 1982.

EL PROTOCOLO A LA CONVENCION DE ROMA DE 2005.

LA CONVENCION UNICA DE 1961, SOBRE ESTUPEFACIENTES.

**LA CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS, DE 20 DE DICIEMBRE DE 1988,
CONTRA EL TRAFICO ILICITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS
SICOTROPICAS.**

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS DE 1966.

**RESOLUCIONES NUMEROS 1814, 1816, 1838, 1846 Y 1851 DELAÑO 2008, DICTA-
DAS PARA PROTEGER LOS CONVOYES DEL PROGRAMA MUNDIAL DE
ALIMENTOS (PMA), 1950, 2010.**

RESOLUCION 1910 DE 28 DE ENERO DE 2010.

RESOLUCION 1916 DE19 DE MARZO DE 2010.

RESOLUCION 1964 DE 22 DE DICIEMBRE DE 2010.

**AN ACT TO AMEND THE CRIMINAL CODE, THE IMMIGRATION ACT AND
THE CITIZENSHIP ACT, S.C. 1987.**

DERECHO POSITIVO EXTRANJERO

EUROPA

ALEMANIA:Artículo 7 párr. 1 del Código Penal (Strafgesetzbuch).Artículo 25 de la Cons-
titución de Alemania (Grundgesetz).La ley de 30 de junio de 2002. Código de Crímenes
de Derecho Internacional (Völkerstrafgesetzbuch).La ley de 26 de julio de 2002.

BELGICA: Art. 10 párr. 5 Código de Instrucción Criminal .Art. 7 de la Ley de 16 de junio
de 1993 modificada el 10 de febrero de 1999.

FINLANDIA: Art. 5, 11 inciso 1 del Código Penal.

FRANCIA: Art. 113-7 Códice Penal .

ITALIA: Arts arts. 7, 8 9 y 10 del Códice Penale.

GRECIA: Art. 7 párr. 1 Código Penal con relación a crímenes y Art. 7 párr. 2 y Art. 6 párr. 3.

PORTUGAL: Art. 5 párr. 1 inc. c) y Art. 6 párr. 1 Código Penal Português.

LATINOAMERICA

PERU: Art. 2°.5 del Código Penal de 3 de abril de 199.

MEJICO: Art3 fracción I, y 4 del Código Penal Federal.

COLOMBIA: Art.16 Código Penal de 24 de julio de 2000.

URUGUAY: el Art.10 del Código Penal de 4 de diciembre de 1933.

VENEZUELA: Art.4° incisos 9, 10 y 13 de su ley penal de 28 de marzo de 2000.

CHILE: Art. 6° del Código Penal Chileno de 12 de noviembre de 1874.

ARGENTINA: Art.118 de la Cosntitución de 1994.

BOLIVIA: Art.1°.7 del Código Penal 23 de agosto de 1972.

COSTA RICA: Art. 7 del Código Penal de 1970.

ECUADOR: Art.5°. del Código Penal 12 de agosto de 2014.

CANADA Y EEUU

CANADA: Crimes Against Humanity and War Crimes Act, aprobada en junio de 2000.

EEUU: U.S Code 109.

